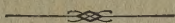


**Dans quelle mesure le régime
matrimonial des époux
subsiste-t-il au cours de l'instance
en divorce ?**



THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le Vendredi 12 Juin 1936, à 14 heures

PAR

MAURICE LECLERCQ

Avocat Stagiaire à la Cour d'Appel



JURY... { *Président* : M. DESSERTAUX, Professeur.
 { *Suffragants*... { M. LOUIS-LUCAS, Professeur.
 { M. FLOUR, Agrégé.



DIJON
IMPRIMERIE DU PALAIS — M. PORNON
Place du Palais-de-Justice, 6, Rue Bouhier

—
1936

**Dans quelle mesure le régime
matrimonial des époux subsiste-t-il
au cours de l'instance en divorce ?**



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Dans quelle mesure le régime
matrimonial des époux
subsiste-t-il au cours de l'instance
en divorce ?

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le Vendredi 12 Juin 1936, à 14 heures

PAR

MAURICE LECLERCQ

Avocat Stagiaire à la Cour d'Appel

JURY... { *Président* : M. DESSERTAUX, Professeur.
 { *Suffragants*... { M. LOUIS-LUCAS, Professeur.
 { M. FLOUR, Agrégé.



DIJON

IMPRIMERIE DU PALAIS — M. PORNON

Place du Palais-de-Justice, 6, Rue Bouhier

1936



La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

Dans quelle mesure le régime matrimonial des époux subsiste-t-il au cours de l'instance en divorce ?

INTRODUCTION

La question qui constitue le titre de cette thèse apparaîtra, sans doute au lecteur, comme assez inopportune, à un double point de vue : d'abord elle est relative au divorce, institution juridique sur laquelle il semble que tout ait déjà été dit ; et puis, elle paraît être en contradiction formelle avec l'un des principes le plus fondamentaux du droit matrimonial français : l'immutabilité des conventions matrimoniales.

Nous reconnaissons bien volontiers que le divorce a déjà été l'objet de nombreuses études. Il ne faut cependant pas oublier que cette institution tend à prendre une place de plus en plus importante dans notre droit. Depuis son rétablissement par la loi du 27 juillet 1884, le divorce s'est développé d'une façon considérable : il n'est pas seulement le remède exceptionnel offert par la loi aux époux mal assortis pour leur permettre de recommencer une nouvelle vie conjugale ; il est devenu une cause normale de dissolution du

mariage, que les futurs époux envisagent avant même de contracter leur union. Il s'introduit de plus en plus dans les classes aisées de la société française, et l'on compte actuellement, d'après les statistiques les plus récentes, un divorce pour quatorze ou quinze mariages (1). L'importance grandissante au point de vue social de cette institution explique que l'on s'en occupe maintenant encore sur le plan juridique.

D'autre part, la question, telle que nous nous la sommes posée, ne paraît-elle pas inopportune, comme étant en contradiction avec le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ? Un régime matrimonial existe, ou n'existe pas, et il semble difficile de concevoir qu'il subsiste dans une certaine mesure seulement.

Que le lecteur rassure ses susceptibilités juridiques ! Le sujet qui nous retiendra ne comporte aucune atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ; et même, on verra, à l'occasion, avec quelle force la jurisprudence entend maintenir ce principe au cours de l'instance en divorce.

Les régimes matrimoniaux ont pour but de régler les rapports pécuniaires des époux. Ils supposent (spécialement le régime de communauté sous lequel les pouvoirs du mari sur les biens communs sont extrêmement larges), la bonne entente dans le ménage, et la confiance totale de la femme à l'égard de son mari. Leur organisation et leur bon fonctionnement sont

(1) C'est ainsi que, d'après les indications fournies par la Direction de la Statistique générale de la France, il y a eu, pour les neuf premiers mois de l'année 1934 : 219.156 mariages et 14.794 divorces, et en 1935 : 209.586 mariages et 15.329 divorces.

subordonnés à l'existence des sentiments de loyauté et de confiance qui doivent régner entre les époux.

Au cours de l'instance en divorce, ou en séparation de corps, ces nobles sentiments disparaissent et font place à une indifférence dédaigneuse, sinon à la haine. Bien que les époux soient encore liés par le mariage, et que, conformément aux dispositions de l'article 212 C. c., ils se doivent encore secours et assistance, leur mésintelligence rend la cohabitation impossible. Une telle situation de fait risque d'entraîner l'un ou l'autre des époux, surtout le mari commun en biens, à commettre des actes préjudiciables aux intérêts de son conjoint : dissimulation d'actif, création de passif fictif, aliénations frauduleuses de biens communs, détérioration des biens propres de la femme; tous les moyens sont bons à un mari pervers pour détourner à son profit les pouvoirs qui lui sont confiés dans l'intérêt de l'association conjugale, et s'enrichir aux dépens de son épouse, ou favoriser un complice.

Dans ces conditions, le fonctionnement normal des régimes matrimoniaux devient, sinon impossible, tout au moins dangereux pour l'épouse dont les biens sont administrés par l'autre époux : pour la femme, en ce qui concerne ses propres, et en ce qui concerne les biens communs, sur lesquels elle possède un droit éventuel de partage.

Aussi le législateur s'est trouvé dans l'obligation, dès 1804, de suspendre, au cours de l'instance, l'application de certaines règles des régimes matrimoniaux, en édictant des mesures destinées à sauvegarder, pendant la litispendance, les intérêts pécuniaires des époux, et plus spécialement ceux de la femme, qu'il autorisait à requérir certaines mesures conservatoires sur les biens

communs et sur ses propres (art. 270), et à demander l'annulation des obligations à la charge de la communauté et des aliénations de biens communs faites par le mari en fraude de ses droits (article 271). Ces dispositions sont devenues, depuis la loi du 18 avril 1886, les articles 242 et 243, sous réserve de certaines modifications qui seront ultérieurement indiquées. La même loi de 1886 a institué la rétroactivité au jour de la demande, dans les rapports des époux, du jugement ou de l'arrêt de divorce devenu définitif.

Ces quelques mesures législatives, interprétées par la jurisprudence dans un sens favorable à la protection des intérêts des époux, modifient les règles des régimes matrimoniaux ; c'est ainsi qu'il est possible de se demander et de rechercher dans quelle mesure subsiste, au cours de l'instance en divorce, le régime matrimonial des époux. Tel sera l'objet de notre étude. Mais, avant de l'aborder, il est indispensable de donner quelques précisions sur l'histoire du divorce en France et sur les phases essentielles de la procédure de divorce.

*
**

Sous l'Ancien Droit, le divorce, contraire au dogme catholique de l'indissolubilité du mariage, n'existait pas ; les époux malheureux avaient seulement la possibilité de demander la séparation de corps.

Sous l'influence des idées de liberté individuelle, la loi révolutionnaire du 20 septembre 1792 introduisit le divorce dans le droit français, et l'admit avec une telle facilité qu'en l'an VI, il y eut à Paris plus de divorces que de mariages ! — Le Code civil de 1804

maintint le divorce, mais ne l'autorisa que pour des causes bien déterminées, ou par consentement mutuel; la séparation de corps était permise, alors que la loi de 1792 l'avait prohibée.

Le retour des Bourbons et le rétablissement de la religion catholique comme religion d'Etat entraînèrent l'abolition du divorce. Ce fut l'œuvre de la loi du 8 mai 1816, dont l'article 1^{er} est ainsi conçu : « Le divorce est aboli. » La séparation de corps subsistait. Ce qu'il y eut de remarquable, c'est que, lors de l'abolition du divorce, les articles du Code civil relatifs au divorce ne furent pas expressément abrogés et ne cessèrent d'être utilisés par la jurisprudence, qui continua à les appliquer à la séparation de corps, réglementée très insuffisamment par le législateur de 1804; on avait alors estimé inutile de reproduire pour la séparation de corps, les dispositions relatives au divorce et susceptibles d'être applicables à cette institution. Et c'est dans ces conditions que M. Renaut, rapporteur à la Chambre des Députés de la loi du 27 juillet 1884, a pu s'écrier, d'une façon assez grandiloquente, au cours des travaux préparatoires : « Le divorce est resté dans le monument de nos lois, comme une statue momentanément voilée, mais debout à la place où elle avait été originairement élevée et qu'il est toujours facile de découvrir et de mettre en lumière. »

Après des essais infructueux tendant à l'abrogation de la loi du 8 mai 1816, sous le régime de Louis-Philippe, de 1831 à 1834, et sous la Deuxième République en 1848, les dispositions du Code civil relatives au divorce ne furent remises en vigueur, avec quelques modifications, que par la loi du 27 juillet 1884, votée sur une proposition d'Alfred Naquet, dont les

campagnes ardentes eurent raison des dernières résistances de ses adversaires. Cette loi fut, par la suite, profondément modifiée par celle du 18 avril 1886, et par celle du 26 juin 1919. La première de ces lois simplifia la procédure en l'assimilant sur de nombreux points à la procédure ordinaire; la seconde transforma le régime de la transcription du jugement. L'examen des phases essentielles de la procédure de divorce auquel nous allons procéder, nous fournira sur ces points les précisions nécessaires.

*
**

Au cours de notre étude, nous serons fréquemment amené à parler de la procédure de divorce; il est donc indispensable d'en rappeler dès maintenant les grandes lignes, brièvement, sans entrer dans des détails. — ce qui serait hors du sujet, — mais d'une manière demeurant néanmoins suffisamment précise.

Le législateur a organisé pour le divorce, dans le Code civil, une procédure spéciale, qui est aussi, sur de nombreux points, celle de la séparation de corps. Cette procédure, sensiblement différente de la procédure ordinaire, notamment au point de vue de la tentative de conciliation, comprend deux phases, l'une devant le président du tribunal, l'autre devant le tribunal lui-même.

D'après les dispositions de l'article 234 C. c., « l'époux qui veut former une demande en divorce, présente, en personne, sa requête au président du tribunal ou au juge qui en fait fonction », requête dans laquelle il expose sommairement ses moyens. Puis, le président du tribunal, après avoir entendu les expli-

cations du demandeur et lui avoir fait ses observations, rend une ordonnance au bas de la requête qui lui est présentée, dans laquelle il ordonne la comparution des deux époux devant lui, et commet un huissier pour notifier la citation (art. 235). Si l'époux demandeur est la femme, le président lui indique une résidence séparée (art. 236). — La tentative de conciliation a lieu devant le président, le jour qu'il a indiqué. La requête et l'ordonnance rendue par ce magistrat doivent être signifiées, aux termes de l'article 237, en tête de la citation donnée à l'époux défendeur, trois jours au moins avant le jour fixé pour la comparution, outre les délais de distance, à peine de nullité. A Dijon et dans la plupart des tribunaux, la tentative de conciliation a lieu huit jours après la présentation de la requête, tout au moins lorsque les époux habitent le même département.

Au jour dit, les deux époux comparaissent en personne devant le président, qui entend leurs explications, et les invite à reprendre la vie commune ; en cas de non-conciliation ou de défaut du défendeur, le juge rend une seconde ordonnance, dans laquelle il constate la non-conciliation ou le défaut, et autorise le demandeur à assigner son conjoint devant le tribunal (art. 238, al. 1). Dans cette ordonnance, le président peut statuer sur la résidence de la femme, la garde provisoire des enfants, sur la remise des effets personnels, et, s'il y a lieu, sur la demande d'aliments formée par la femme. — En cas de défaut ou de non-conciliation, le juge a la faculté d'ajourner les parties à un délai qui n'excède pas vingt jours (art. 238, al. 6). Cet ajournement est, en fait, très rarement ordonné, et l'on peut même dire, pratiquement inusité.

Si l'époux demandeur, malgré les efforts du président, persiste dans sa demande, la deuxième phase de la procédure commence; elle se déroule devant le tribunal. Dans les vingt jours qui suivent l'ordonnance de non-conciliation, l'époux demandeur doit assigner son conjoint devant le tribunal, sous peine de perdre le bénéfice des mesures provisoires ordonnées à son profit. L'affaire est alors « instruite et jugée dans la forme ordinaire, le ministère public entendu » (art. 239, al. 1).

A moins qu'à l'appui de sa demande, l'époux n'invoque une cause péremptoire (constatation judiciaire de l'adultère du conjoint, ou condamnation de celui-ci à une peine afflictive et infâmante), le tribunal ne possède pas, tout au moins dans la majorité des espèces, les éléments suffisants pour statuer *de plano* sur la demande qui lui est soumise. Il ordonne alors l'enquête que le demandeur n'a pas manqué de solliciter; puis, lorsque cette mesure d'instruction a eu lieu, la cause revient devant le tribunal qui statue sur le bien ou mal-fondé de la demande. Le délai d'appel, qui par exception au droit commun, est suspensif, est celui de droit commun, tel qu'il résulte de l'article 443 du Code de procédure civile (un mois franc, sans augmentation des délais de distance, depuis le décret-loi du 30 octobre 1935). Le défendeur peut, en tout état de cause, même en appel, former une demande reconventionnelle.

Enfin, le jugement ou l'arrêt de divorce devenu définitif doit être transcrit sur les registres de l'état-civil du lieu où le mariage a été célébré; cette formalité est l'œuvre de la loi du 18 avril 1886, modifiée par la loi du 26 juin 1919. Sous le régime primitif du Code

civil, rétabli par la loi de 1884, le tribunal ne prononçait pas le divorce, mais devait seulement rechercher si la demande était justifiée; et, s'il l'admettait, le demandeur était autorisé à se retirer devant l'officier d'état-civil pour faire prononcer le divorce, l'autre partie dûment appelée : le divorce, comme le mariage, était un acte de l'état-civil.

La prononciation du divorce en présence des parties donnant lieu à des scènes choquantes et même scandaleuses, le législateur profita de la loi de 1886 pour substituer à ce régime, celui de la transcription du jugement ou de l'arrêt de divorce devenu définitif sur les registres de l'état-civil du lieu où le mariage avait été célébré. La décision prononçant le divorce devait être signifiée à l'officier de l'état-civil dans les deux mois à compter du jour où elle était devenue définitive; ce délai avait un caractère fatal, et si la signification n'était pas faite en temps opportun, le jugement ou l'arrêt était tenu pour non avenu.

La loi de 1919 apporta une modification profonde au régime de la transcription; désormais, le divorce résulte, dans les rapports des époux entre eux, du jugement ou de l'arrêt lui-même devenu définitif, et, à l'égard des tiers, de la transcription; les époux ne peuvent leur opposer le divorce, avant que cette formalité n'ait été remplie.

*
**

Après le rappel de ces notions générales relatives à l'histoire et à la procédure de divorce, il est désormais possible d'aborder notre sujet. Ainsi que nous l'avons dit en commençant nous nous proposons d'étu-

dier le régime matrimonial des époux au cours de l'instance en divorce, de rechercher comment le législateur et la jurisprudence ont essayé d'assurer, au cours de cette période, le fonctionnement du régime matrimonial, malgré la disparition de toute vie commune entre les époux, et surtout en dépit des sentiments hostiles que ceux-ci se témoignent réciproquement.

Bien que le titre de cette thèse embrasse l'étude du régime matrimonial des époux, en général, au cours de l'instance en divorce, nous nous attacherons principalement au régime de communauté, et ceci, pour deux raisons : la première, c'est que le régime de communauté est sans conteste, celui qui s'adapte le plus difficilement aux circonstances résultant de l'instance en divorce, par suite de l'existence de la masse commune sur laquelle les pouvoirs d'administration et d'aliénation du mari sont très étendus; la seconde, c'est que le régime de communauté est de beaucoup le plus usité : c'est d'abord le régime des très nombreux époux qui se marient sans contrat ; par ailleurs, il est adopté, sous la forme de la communauté réduite aux acquêts, par la grande majorité des époux qui passent un contrat de mariage; enfin, les régimes autres que la communauté, notamment le régime dotal et le régime de séparation de biens, comportent souvent une société d'acquêts, soumise aux règles du régime de communauté (2).

(2) En 1898, sur 287.179 mariages, il n'y eut que 82.346 contrats, soit 204.833 mariages régis par la communauté légale; et sur les 82.346 contrats, 68.412 ont adopté un régime comportant une communauté plus ou moins étendue, 10.112 le régime dotal (dont 4.560 comportant une société d'acquêts). — Chiffres extraits du Bulletin de Statistique et de Législation comparée, 1899, p. 145, publié par les soins de l'Administration de l'Enregistrement.

Mais, toutes les fois qu'il sera possible de noter les conséquences de l'instance en divorce sur les autres régimes matrimoniaux, nous ne manquerons pas de le faire. Le régime dotal fera l'objet de quelques remarques : il est assez répandu (environ un sur sept contrats en 1898) et les pouvoirs du mari sur la dot de sa femme nécessitent au profit de celle-ci des mesures de protection. Quant au régime sans communauté, tout ce qui aura été dit pour les propres de la femme sous le régime de communauté lui sera applicable. Le régime de séparation de biens, assurant l'indépendance totale des rapports pécuniaires des époux, nécessitera peu d'explications.

L'intérêt de l'étude des régimes matrimoniaux au cours de l'instance en divorce est proportionné, en ce qui concerne notamment les règles relatives à l'administration des biens des époux, aux dangers courus par la femme : considérables sous le régime de communauté où les biens communs (dont la femme est copropriétaire) et les propres de celle-ci sont administrés par le mari, ces dangers sont déjà moins grands sous le régime dotal par suite du système de protection organisé par le législateur au profit de la femme (inaliénabilité de la dot), s'amenuisent encore sous le régime sans communauté. le mari ne possédant sur les propres de la femme que les pouvoirs d'un administrateur de biens d'autrui, et disparaissent enfin sous le régime de séparation de biens, où chaque époux conserve l'administration de ses propres (3).

(3) On peut supposer toutefois un époux marié sous ce régime et mandataire de sa femme. Il s'élèverait alors, en cas d'instance en divorce, des questions de révocation de mandat régies par le droit commun.

Nous commencerons notre étude par celle du principe de la rétroactivité au jour de la demande, dans les rapports des époux, et en ce qui concerne leurs biens, des effets du jugement ou de l'arrêt de divorce devenu définitif, principe applicable à tous les régimes, et qui fera l'objet d'un chapitre préliminaire. Ce principe exerce en effet une influence considérable sur le régime applicable pendant l'instance.

Puis, reprenant plus spécialement contact avec le régime de communauté, nous examinerons ensuite, dans trois chapitres, les questions suivantes :

Chapitre Premier : Les règles relatives à la composition de la communauté et des patrimoines des époux s'appliquent-elles au cours de l'instance en divorce ?

Chapitre II : L'administration de la communauté et des divers patrimoines des époux au cours de l'instance en divorce.

Chapitre III : De la liquidation anticipée de la communauté au cours de l'instance en divorce.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

De la rétroactivité entre époux au jour de la demande du jugement ou de l'arrêt de divorce devenu définitif.

Le principe de la rétroactivité des effets du jugement ou de l'arrêt de divorce devenu définitif, dans les rapports des époux entre eux, et en ce qui concerne leurs biens, résulte de l'article 252 C. c., al. 6, ainsi rédigé : « Le jugement ou l'arrêt de divorce devenu définitif remontera, quant à ses effets entre époux, en ce qui touche leurs biens, au jour de la demande. Mais il ne produira effet à l'égard des tiers que du jour de la transcription. » L'étude de ce principe fera l'objet de la Section I, et la détermination du jour de la demande, de la Section II.

SECTION I

Etude du principe de la rétroactivité du jugement de divorce.

§ 1. — SON CARACTÈRE EXCEPTIONNEL.

D'après une tradition juridique qui remonte au droit romain, et transmise au droit moderne par l'in-

termédiaire de l'Ancien Droit, les auteurs et la jurisprudence distinguent deux grandes classes de jugements : jugements déclaratifs et jugements constitutifs.

Le plaideur s'adresse à la justice pour obtenir ou bien l'affirmation de l'existence d'un droit préexistant, ou bien la création d'un état de droit entièrement nouveau. Dans le premier cas, le tribunal reconnaît l'existence d'un droit né au profit du plaideur, avant même que celui-ci n'ait porté sa demande devant le tribunal; dans le second, le tribunal fait naître au profit du plaideur un état de droit qui n'existait pas au moment de la demande. Deux exemples illustreront cette distinction à la fois abstraite et complexe : un jugement accordant des dommages-intérêts pour non-exécution d'une obligation ou à la suite d'un quasi-délit qui a occasionné un préjudice, matériel ou moral, au demandeur, est un jugement déclaratif de droit : le rôle du juge a consisté à reconnaître au profit du demandeur l'existence d'un droit à réparation, né antérieurement à la demande, résultant de la non-exécution de l'obligation ou du quasi-délit. — Au contraire, un jugement prononçant une interdiction ou une adoption est un jugement constitutif : le tribunal a créé, vis-à-vis de la personne interdite ou adoptée une situation juridique entièrement nouvelle.

Cette distinction, souvent délicate à opérer, ne présente pas un caractère absolu : il n'y a pas de jugements qui soient exclusivement déclaratifs ou constitutifs : ces deux caractères s'entremêlent, mais il y en a un qui domine. M. Mazeaud, dans une étude très complète de cette distinction, a très justement observé que « le jugement déclaratif, qui crée le droit

à l'exécution forcée et qui crée des garanties, n'en reste pas moins essentiellement déclaratif, car ces droits créés ne sont que les accessoires du droit préexistant reconnu » (1). A l'inverse, le jugement constitutif est en même temps déclaratif, en ce sens que la création de droit nouveau est subordonnée à la reconnaissance des droits préexistants, qui lui servent de motifs.

La grande majorité des auteurs et l'unanimité de la jurisprudence admettent cette distinction, qui présente un grand intérêt pratique, relatif aux effets des jugements dans le temps. Le jugement déclaratif créant vis-à-vis de la partie qui l'obtient un état de droit nouveau, il est logique que les effets qu'il entraîne ne se produisent que pour l'avenir. Au contraire, les effets du jugement déclaratif, qui reconnaît l'existence d'un droit préexistant, doivent remonter au jour où le plaideur a porté sa demande devant le tribunal compétent : on dit alors que le jugement déclaratif rétroagit.

Pour M. Mazeaud, cette formule « n'est pas tout à fait exacte. Le droit préexiste de lui-même au jugement déclaratif; celui-ci ne fait que le reconnaître; il ne crée pas le droit rétroactivement. L'effet du jugement déclaratif est le même que celui d'une loi interprétative ou d'un contrat déclaratif : simple reconnaissance d'un état antérieur et non création rétroactive d'un état nouveau. On ne peut vraiment parler de rétroactivité que pour les jugements constitutifs auxquels la loi attache par exception un effet anté-

(1) LÉON MAZEAUD, *De la distinction des jugements déclaratifs et des jugements constitutifs de droit*, Rev. trim., 1929, p. 21.

rieur à leur date; ceux-là seuls rétroagissent, parce que seuls ils créent dans le passé un état nouveau »(2).

Tel est bien le cas du jugement de divorce, qui, transformant profondément l'état juridique des époux, est constitutif de droit. Et cependant, le législateur lui attache un effet rétroactif. Comment justifier ce caractère exceptionnel ? L'examen de l'origine et de la portée de cette disposition de l'article 252, alinéa 6, apportera une réponse à cette question.

§ 2. — CONDITIONS DANS LESQUELLES LE PRINCIPE DE LA RÉTROACTIVITÉ DU JUGEMENT DE DIVORCE S'EST INTRODUIT DANS LE CODE CIVIL.

L'origine du principe de la rétroactivité du jugement de divorce, introduit dans le Code civil par la loi du 18 avril 1886, doit être recherchée dans les dispositions du Code relatives aux effets du jugement de séparation de biens.

L'article 1445, al. 2, C. c. dispose que « le jugement de séparation de biens remonte, quant à ses effets, au jour de la demande ».

Sans qu'il soit besoin de s'étendre longuement sur les motifs de la rétroactivité du jugement de séparation de biens (exception remarquable au principe de la non-rétroactivité des jugements constitutifs de droit), il suffira de rappeler que l'intention du législateur, en reportant au jour de la demande les effets de ce jugement, a été de protéger les intérêts de la fem-

(2) L. MAZEAUD, *art. cit.*, p. 42. — Cette remarque est entièrement justifiée. Cependant, si l'on dit communément que les jugements déclaratifs rétroagissent, c'est pour la commodité de l'expression.

me contre les agissements d'un mari malhonnête, qui aurait pu profiter de la durée de l'instance pour achever de dilapider la fortune de son épouse. Cette rétroactivité, qui se produit aussi bien dans les rapports des époux qu'à l'égard des tiers, avertis de l'introduction de la demande par certaines mesures de publicité, a pour effet de reporter au jour de la demande la dissolution du régime matrimonial des époux, et de rendre le mari et les tiers responsables de tous les actes préjudiciables à la femme.

On sait qu'aux termes de l'article 311, al. 2, C. c., « la séparation de corps emportera toujours séparation de biens ». Aussi, dès les débuts du XIX^e siècle, on se demandait si l'effet rétroactif du jugement de séparation de biens devait être étendu à la séparation de biens accessoires d'un jugement de séparation de corps. La controverse, qui divisait les auteurs, fut tranchée par un arrêt de la Cour de Cassation, en date du 20 mars 1855, qui, se basant sur les termes généraux des articles 311 et 1445, admit l'extension de la rétroactivité à la séparation de biens accessoire d'un jugement de séparation de corps (3).

Cette rétroactivité se justifiait, dans l'hypothèse de séparation de corps comme dans celle de séparation

(3) Req., 20 mars 1855, S. 1855. 1. 401, note L.-M. DEVILL, qui rapporte les controverses doctrinales. — V. aussi le commentaire de cet arrêt par COIN-DELISLE, Rev. crit. 1856, t. VIII, p. 18. — Malgré cet arrêt de la Cour de cassation, plusieurs fois confirmé par la suite, GUILLOUARD se refusait encore, dans le tome III de son *Traité du Contrat de mariage* paru en 1887, mais ne renfermant pas encore la loi du 18 avril 1886, à admettre cette extension. L'auteur estimait notamment que le péril de la dot, cause de la séparation de biens, ne se retrouvant pas dans les causes de la séparation de corps, il n'y avait pas lieu de donner un effet rétroactif au jugement de séparation de corps, même pas dans les rapports des époux entre eux. III, n° 1174.

de biens, par la disparition, dès le jour de la demande, de la communauté d'intérêts entre les époux, et par la protection des intérêts de la femme. L'extension une fois admise, il restait à déterminer si la rétroactivité du jugement de séparation de biens devait se produire à l'égard des tiers comme dans les rapports des époux entre eux. Malgré une partie de la doctrine, la jurisprudence, après quelques hésitations, décida, à partir de 1869, que cette extension devait être limitée aux rapports des époux entre eux, les tiers n'ayant pas été avertis, comme dans l'hypothèse de la séparation de biens principale, de l'introduction de la demande de séparation de corps (4).

Tel était l'état de la jurisprudence, lorsque fut votée la loi du 27 juillet 1884, rétablissant le divorce.

Le Code de 1804 n'attachait au jugement de divorce aucun effet rétroactif. La dissolution du régime matrimonial se produisait en même temps que la dissolution du mariage, lors de la prononciation du divorce; la protection des intérêts de la femme n'était assurée que par les anciens articles 270 et 271, lui permettant de demander des mesures conservatoires, et l'annulation des obligations et des aliénations frauduleuses du mari. En 1884, la question de la rétroactivité des effets du jugement de divorce ne fut pas soulevée; elle ne le fut qu'assez tardivement, dans les travaux préparatoires de la loi du 18 avril 1886, sur la proposition de la Commission du Sénat, en deuxième délibération, séance du 24 décembre 1885 (5). Le

(4) V. sur ce point. DUCAMP, *De la liquidation de la communauté légale après divorce*, thèse, Bordeaux, 1908, p. 113.

(5) Sénat, séance du 24 décembre 1885, J. O. du 25, Déb. parl., p. 1369, cité au S., lois annotées 1886, p. 57, note 35.

texte suivant fut adopté par les deux Chambres : « Le jugement dûment transcrit remonte quant à ses effets entre époux au jour de la demande. » Ce texte, qui consacrait la jurisprudence en matière de séparation de corps, remanié par la loi du 26 juin 1919, devint l'alinéa 6 de l'article 252, que nous avons reproduit au début de ce chapitre. Essayons maintenant de déterminer la portée d'application de ce texte.

§ 3. — PORTÉE D'APPLICATION DE LA RÉTROACTIVITÉ DE
L'ARTICLE 252, ALINÉA 6.

Le texte du dernier alinéa de l'article 252, tel qu'il résultait de la loi de 1886, avait donné lieu à quelques difficultés d'interprétation; on pouvait se demander notamment si la rétroactivité du jugement de divorce s'étendait à la fois à la personne et aux biens des époux, au mariage et aux conventions matrimoniales. Ces hésitations ne trouvent plus de place depuis que la loi de 1919 a complété l'article 252, et nettement indiqué que les effets du jugement de divorce ne remontaient au jour de la demande qu'en ce qui touche les biens des époux.

Tout d'abord, le jugement de divorce ne produit aucun effet rétroactif en ce qui concerne la personne des époux : le mariage n'est dissous que par le jugement lui-même, sans rétroactivité; toutes les obligations qui en découlent subsistent, notamment le devoir mutuel de fidélité, secours et assistance. Au cours de l'instance, les époux sont dispensés de la cohabitation par le magistrat conciliateur; mais le mari n'en reste pas moins tenu de fournir à sa femme, comme par le passé, « tout ce qui est nécessaire pour les besoins de

la vie, selon ses facultés et son état », comme lui impose l'article 214 C. c. Il remplit cette obligation en versant à son épouse, si elle le demande, une pension alimentaire mensuelle dont le montant est fixé par le magistrat conciliateur ou par le tribunal.

Le devoir de fidélité subsiste; et l'enfant né plus de trois cents jours après la décision qui a autorisé la femme à avoir un domicile séparé, et moins de cent quatre-vingts jours depuis la rejet définitif de la demande ou depuis la réconciliation, bénéficie de la présomption « *pater is est...* » et ne peut perdre la légitimité que par le désaveu. C'est donc la preuve du maintien du devoir de fidélité. S'il en était autrement, c'est la procédure de contestation de légitimité qui devrait être employée.

Enfin, au cours de l'instance en divorce, et c'est une preuve de ce que le mariage n'est dissous que par le jugement — la femme reste incapable, et demeure soumise à la nécessité de l'autorisation de son mari, ou de la justice. Il est seulement à remarquer que, par le fait de l'ordonnance rendue par le juge lors de la tentative de conciliation, la femme est, aux termes de l'article 238, al. 4., « autorisée à faire toutes procédures pour la conservation de ses droits, et à ester en justice jusqu'à la fin de l'instance et des opérations qui en sont les suites ».

Le jugement de divorce, d'après l'article 252, ne remonte au jour de la demande, dans les rapports des époux entre eux, qu'« en ce qui touche leurs biens ». De cette expression, la doctrine et la jurisprudence concluent que le régime matrimonial des époux doit être considéré comme dissous, non pas le jour du

jugement, mais le jour de la demande, rétroactivement.

Cette dissolution rétroactive du régime matrimonial des époux produit des effets importants : le notaire qui procède au règlement des intérêts pécuniaires des époux doit se livrer à ces opérations comme si le régime matrimonial des époux avait été dissous dès le jour de la demande ; à compter de ce moment, le mari doit rendre compte des revenus des propres de sa femme et des biens communs ; sous le régime de communauté, tous les biens échus à l'un des époux, et qui, d'après les conventions matrimoniales auraient dû entrer en communauté, restent propres à cet époux ; le mari conserve l'administration des biens de la communauté, mais devient responsable de leur valeur vis-à-vis de sa femme, dans des conditions particulièrement strictes. Nous reviendrons amplement sur tous ces points au cours de notre étude.

Nous avons admis jusqu'ici que la rétroactivité du jugement de divorce se produisait à l'égard du régime matrimonial, en général. Cette proposition est-elle entièrement exacte ? Certains auteurs en ont douté. M. PLANIOL déclare que « la rétroactivité n'a de raison d'être que pour la communauté » (6), AUBRY et RAU qu'elle « ne concerne que le régime de communauté et ses différentes modifications ; elle est étrangère au régime dotal » (7). L'origine de cette opinion doit, sans aucun doute, être recherchée dans les travaux préparatoires de la loi de 1886. A un député qui lui deman-

(6) PLANIOL, *Traité élémentaire de Droit civil*, III, 2^e éd., p. 202 ; 4^e éd., p. 142 ; 10^e éd., p. 415.

(7) AUBRY et RAU, *Cours de Droit civil*, 5^e éd., t. VII, § 480, p. 338.

daît des éclaircissements sur la rétroactivité que l'on se proposait d'introduire dans la loi, M. Labiche, rapporteur, répondit ainsi : « Cette innovation a pour objet d'enlever aux époux la faculté de modifier, en ce qui les concerne, le patrimoine de la communauté, en avançant ou en retardant, suivant certaines combinaisons, le moment où la décision des juges sera définitive et où par conséquent, elle produit seulement effet aujourd'hui. » (8).

Que M. Labiche n'ait envisagé, lors des travaux préparatoires, les effets de la rétroactivité que sur le régime de communauté, il n'y a en cela rien d'étonnant : c'est sous ce régime que la rétroactivité du jugement de divorce entraîne les conséquences les plus importantes, à raison des règles de la composition de la communauté légale, et d'administration des biens communs sous toutes les formes de la communauté. Cependant, nous nous refusons à croire que la rétroactivité ne doive s'appliquer qu'au régime de communauté (9), parce que les termes de l'article 252 sont généraux, et aussi, parce que cette solution est conforme à l'équité, et au fait de la disparition de tout intérêt commun entre les époux : elle permet à la femme mariée sous le régime dotai ou sous le régime sans communauté, de réclamer à son mari les revenus de ses propres dont celui-ci conserve l'administration au cours de l'instance, et échus postérieurement au jour de la demande. Sous le régime de séparation de biens, la rétroactivité ne reçoit qu'une application des

(8) S., lois annotées, 1886, p. 58, note 35.

(9) V. dans ce sens, COLIN et CAPITANT, *Cours élémentaire de droit civil français*, I, p. 233.

plus restreintes, chaque époux conservant l'administration et la jouissance de sa fortune personnelle (10).

La dissolution rétroactive du régime matrimonial des époux, et notamment du régime de communauté, ne produit pas d'effets absolus : c'est avant tout une mesure de protection des intérêts de la femme (11). M. Labiche, ainsi que l'on vient de le voir, disait que la rétroactivité avait pour objet d'enlever aux époux la faculté de modifier la composition de la communauté en avançant ou en retardant, suivant certaines combinaisons, le jour où le jugement deviendrait définitif. Cet honorable rapporteur de la loi visait, à notre avis, l'éventualité d'une succession mobilière devant échoir au cours de l'instance en divorce à l'un des époux mariés sous le régime de communauté légale : l'époux demandeur, par exemple, sur le point de recevoir une succession mobilière, hâterait la fin du procès, de manière à ce que la succession ne s'ouvre que postérieurement à la prononciation du divorce et lui reste propre; tandis que le défendeur agirait en sens contraire, en utilisant des moyens dilatoires, dans l'espoir de recevoir la moitié de la succession échue à son époux.

Cette explication est-elle entièrement convaincante? Nous ne le pensons pas; car, si les époux ne peuvent plus aujourd'hui modifier le patrimoine de la communauté, en avançant ou en retardant le jour du juge-

(10) V. dans ce sens, DUCAMP, *op. cit.*, p. 119, texte et note 4. — PROPHETTE, *De l'effet rétroactif du jugement de divorce*, thèse, Lille, 1902, p. 89.

(11) La rétroactivité profite également au mari, notamment si, marié sous le régime de communauté légale, il reçoit, au cours de l'instance, une succession mobilière; cette succession lui reste propre.

ment de divorce, ils ont la possibilité d'arriver à ce résultat, le demandeur tout au moins, en avançant ou retardant le jour de l'introduction de la demande. On aura l'occasion de revenir sur cette hypothèse.

Le véritable motif de la rétroactivité doit être recherché ailleurs. En établissant la rétroactivité des effets du jugement de divorce, le législateur a cherché avant tout à assurer d'une manière plus complète la protection des intérêts de la femme : c'est dans cet esprit qu'il faut comprendre les effets de la rétroactivité. Sans doute, il importe de ne pas oublier que la femme avait déjà la ressource de demander des mesures conservatoires, et l'annulation des obligations et aliénations frauduleuses de son mari ; mais le législateur, estimant ces mesures insuffisantes, a voulu faire bénéficier la femme d'un moyen de protection originairement prévu pour la séparation de biens et que la jurisprudence avait étendu, ainsi que nous l'avons vu plus haut, à la séparation de biens accessoire d'un jugement de séparation de corps.

Cette rétroactivité permet à la femme de faire liquider la communauté dans l'état où elle se trouvait au jour de la demande et de rendre le mari, qui en a conservé l'administration, responsable vis-à-vis de son épouse, de toute diminution de valeur de la masse commune, par négligence ou par fraude.

Mais il importe d'apprécier, à sa juste valeur, en considération des intérêts de la femme, la rétroactivité, qui ne joue que dans les rapports des époux entre eux, et n'est pas opposable aux tiers, vis-à-vis desquels le jugement ou l'arrêt de divorce ne produit effet que du jour de la transcription (art. 252, al. 6). Aussi, le recours de la femme qui a subi un préjudice

du fait des agissements de son mari au cours de l'instance, se réduit à une simple action en indemnité, dont la réussite est subordonnée à la solvabilité, peut-être fort réduite, du mari.

Pour assurer d'une manière plus complète la protection de ses intérêts, la femme a toujours la possibilité de former contre son mari, parallèlement à la demande en divorce, une demande en séparation de biens, qui rétroagit aussi bien à l'égard des tiers que dans les rapports des époux entre eux : c'est le conseil que lui donnent certains auteurs (12), et la jurisprudence fournit quelques exemples de ces instances parallèles (13), que du reste le coût élevé des frais de justice rend actuellement extrêmement rares, malgré les avantages que ce procédé présente pour la femme.

Telle est la portée générale du principe de la rétroactivité du jugement de divorce au jour de la demande; nous en verrons des applications au cours de notre étude. Il reste maintenant ce qu'il faut entendre par l'expression de l'article 252 : « jour de la demande ».

SECTION II

Détermination du jour de la demande.

Le jugement ou l'arrêt prononçant le divorce peut intervenir dans deux séries d'hypothèses :

1° Sur une seule demande formée par l'un des

(12) AUBRY et RAU, 5^e éd., t. VII, § 480, p. 338; DEMOLOMBE, *Traité du mariage*, IV, n° 515; RODIÈRE et PONT, *Du contrat de mariage*, III, n° 2180; GARSONNET et CÉZAR-BRU, *Traité théorique et pratique de procédure*, 2^e éd., III, § 1161, p. 612.

(13) Albi, 12 déc. 1893, G. T., 1^{er} févr. 1894.

époux, ou, en cas de demande reconventionnelle de l'autre conjoint, sur une demande principale qui est admise. — Ce sont les hypothèses les plus fréquentes.

2° Sur une demande reconventionnelle seule admise, alors que le demandeur principal est débouté. — Cette hypothèse est assez exceptionnelle.

Ces deux séries d'hypothèses seront examinées successivement, en commençant par la première, qui constitue le cas normal .

§ 1. — DÉTERMINATION DU JOUR DE LA DEMANDE, LORSQUE LE JUGEMENT QUI PRONONCE LE DIVORCE INTERVIENT SUR UNE DEMANDE FORMÉE PAR L'UN DES ÉPOUX, OU EN CAS DE DEMANDE RECONVENTIONNELLE, LORSQUE LA DEMANDE PRINCIPALE EST ADMISE.

Dans une instance ordinaire, la détermination du jour de la demande ne soulève pas de difficultés : il ne peut s'agir que du jour de l'assignation devant le tribunal compétent.

La même solution doit-elle prévaloir dans le cas d'une instance en divorce ? La question est discutée. Nous avons vu qu'en cette matière, l'assignation devant le tribunal est précédée de diverses formalités, qui se déroulent devant le président du tribunal qui doit instruire le procès : présentation de la requête du demandeur suivie de la première ordonnance du magistrat, citation en conciliation, seconde ordonnance autorisant le demandeur à assigner son conjoint en cas de défaut de celui-ci, ou de non-conciliation.

Quel est le jour de la demande ? présentation de la requête, citation en conciliation, assignation devant le tribunal ? Ces trois systèmes ont été soutenus, et c'est

le dernier qui finalement a été adopté par la Cour de Cassation, mettant ainsi fin, dans l'état actuel des textes tout au moins, aux controverses doctrinales et jurisprudentielles, qu'il est intéressant de rappeler.

Un premier système consiste à soutenir que le jour de la demande est celui de la présentation de la requête. C'est ainsi que Carpentier déclare qu'« en armant le président de pouvoirs nouveaux dès la première comparution des parties, la loi paraît témoigner le désir de faire remonter aussi haut que possible la protection qu'elle entend accorder aux époux » (14). De leur côté, Vraye et Gode adoptent la même opinion (15), en raison de l'indivisibilité qui existe entre le préliminaire de conciliation et l'instance proprement dite. Ils tirent argument de l'article 234 C. c., aux termes duquel l'épouse qui veut former une *demande* en divorce présente sa requête au président du tribunal, et des articles 235 à 238 C. c., qui qualifient les époux de demandeur et de défendeur, alors que l'assignation n'a pas encore été délivrée.

Les arguments proposés par ces auteurs ne sont guère convaincants : celui de Carpentier se réduit à une simple affirmation, et celui de Vraye et Gode tire des termes employés par le Code, pour la simple commodité du langage, une conséquence que le législateur n'a jamais envisagée. Ce système que nous ne citons que pour mémoire n'a jamais été adopté par la jurisprudence.

La controverse relative à la détermination du jour de la demande se circonscrit entre les deux autres

(14) CARPENTIER, *La loi du 18 avril 1886 et la jurisprudence en matière de divorce*, Paris, 1888, n° 159, p. 185.

(15) VRAYE et GODE, *Du divorce et de la séparation de corps*, Paris, 1887, n° 611.

systèmes, celui du jour de la citation en conciliation, et celui du jour de l'assignation. L'un et l'autre ont été soutenus par les auteurs et par les tribunaux.

Le premier de ces systèmes, rétroactivité des effets du jugement de divorce au jour de la citation en conciliation, a été soutenu, en doctrine, par Aubry et Rau (16), qui énoncent leur opinion sans la motiver, ainsi que par MM. Leloir (17) et Nast (18), sur l'opinion desquels nous reviendrons avec plus de détails à la fin de ce paragraphe, — et en jurisprudence, par plusieurs décisions dont la plus complètement motivée est un arrêt de la Cour de Toulouse, en date du 29 juin 1882 (19), rendu en matière de séparation de corps, mais conservant toute sa valeur dans l'hypothèse du divorce.

Les principaux arguments invoqués en faveur de ce système sont les suivants : la loi a organisé, pour la demande en divorce, une procédure spéciale de conciliation, non pas devant le juge de paix comme dans le cas d'une instance régie par les dispositions du Code de procédure civile, mais devant le président du tribunal, pris en sa qualité de membre du tribunal qui doit juger le procès. La notification de la requête et la citation en conciliation constituent, dit-on, « le premier acte de l'instance engagée »(20), « le premier acte

(16) AUBRY et RAU, 5^e éd., t. VII, § 480, p. 336, texte et note 2. — Dans le même sens, RAYNAL, *De la rétroactivité du jugement de séparation de corps et de la situation des époux au cours de l'instance en divorce*, thèse, Paris, 1899, p. 38.

(17) LELOIR, note au D. 1914. 2. 137, sous Caen, 28 avril 1913, Paris, 7 et 8 janvier 1914.

(18) NAST, *Rev. crit.*, 1924, p. 550; PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de droit civil français*, Les régimes matrimoniaux, par Nast, t. IX, n° 680.

(19) Toulouse, 29 juin 1882, D. 1883. 2. 147. — V. aussi Bordeaux, 16 avril 1896, D. 1899. 2. 385, note signée L. B. — Paris, 7 et 8 janvier 1914, précités (note Leloir).

(20) Toulouse, 29 juin 1882, précité.

de juridiction » (21). — De plus, le président du tribunal a le droit d'ordonner, en cas de non-conciliation, des mesures provisoires au profit de l'un ou de l'autre des époux. — Enfin, les partisans de ce système remarquent que la citation en conciliation est attributive d'une juridiction à laquelle le défendeur ne peut se soustraire par un changement de domicile effectué postérieurement à cette citation; les parties sont en présence, les hostilités judiciaires ouvertes, et l'instance introduite. — Dans ces conditions, le jour de la demande ne peut être que celui de la citation en conciliation.

Ces arguments ont été battus en brèche par les partisans de la rétroactivité du jugement de divorce au jour de l'assignation devant le tribunal. Cette opinion a été soutenue en doctrine par Rodière et Pont (22), Le Courtois et Surville (23), — et en jurisprudence, par plusieurs décisions rendues en matière de séparation de corps (24). La controverse a été close par un arrêt de la Cour de Cassation, en date du 21 mai 1921, rendu dans une affaire Leperdriel, à la suite d'un arrêt de la Cour d'appel de Caen en date du 28 avril 1913 (25).

(21) Paris, 7 janvier 1914, précité.

(22) RODIÈRE et PONT, *Du contrat de mariage*, III, n° 2168.

(23) BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, *Du contrat de mariage*, II, n° 971, p. 155. — Dans le même sens, PROPHETTE, *op. cit.*, p. 117.

(24) Bordeaux, 23 novembre 1880, S. 1881. 2. 77 (2^e espèce). — T. C. Troyes, 10 août 1881, S. 1881. 2. 220.

(25) Affaire Leperdriel : Caen, 28 avril 1913, D. 1914. 2. 137, note de M. LÉLOIR. — Civ., 27 mai 1921, D. 1923. 1. 65, note de M. ROUAST; S. 1922. 1. 61; G.P. 1921. 1. 286; Rev. not. 1921, n° 18.686; J. N., 1922, art. 33.280 (sommaire); sur cet arrêt, v. les chroniques de M. GAUDEMET, Rev. trim., 1922, p. 398, et de M. NAST, Rev. crit., 1924, p. 550.

La citation en conciliation constitue-t-elle l'acte introductif de l'instance en divorce ou en séparation de corps ? La Cour de Caen ne le pense pas, car le préliminaire de conciliation « tend, soit à empêcher l'instance de naître, en cas de conciliation, soit à la faire naître en cas de non-conciliation ; c'est seulement après la constatation de la non-conciliation que le demandeur est autorisé à assigner devant le tribunal, et, s'il n'assigne pas, il ne sera pas tenu de signifier un désistement ». La Cour de Cassation, reprenant cet argument de la Cour de Caen, le développe d'une façon vraiment convaincante : « La citation en conciliation n'est pas l'acte introductif de l'instance, puisqu'elle tend à l'éviter; elle n'en est que le préliminaire; l'article 238 C. c. dispose expressément qu'en cas de non-conciliation ou de défaut, l'ordonnance du président autorise le demandeur à assigner devant le tribunal, lequel est alors saisi; c'est donc seule l'assignation devant le tribunal qui ouvre l'instance, et constitue ainsi la demande prévue par l'article 1445 C. c. » (Ou, s'il s'était agi d'un procès de divorce, par l'article 252, al. 6.).

Ce raisonnement à lui seul suffirait pour démontrer l'inanité des arguments proposés par les partisans du précédent système. Cependant, la Cour de Caen a pris soin de réfuter le moyen tiré de l'attribution de compétence par la citation en conciliation : « Cette solution, remarque la Cour avec justesse, commandée par la bonne administration de la justice, dans le but équitable d'empêcher le défendeur de modifier arbitrairement par un changement de domicile, la compétence du tribunal, n'est relative qu'à une question de compétence et n'implique nullement, comme consé-

quence, la fixation de l'ouverture de l'instance à la date du préliminaire de conciliation. »

Malgré la pertinence des arguments présentés par la Cour de Caen et par la Cour de Cassation, M. Leloir et M. Nast (26) se refusent à admettre que le jugement de divorce ne doive rétroagir qu'à la date de l'assignation. — Nous nous rangerons volontiers à l'opinion de ces auteurs, tout en reconnaissant cependant que la solution adoptée en 1921 par la Cour de Cassation, et qu'elle a récemment encore (27) de nouveau consacrée, correspond à la lettre de l'article 252 et ne peut être contestée au point de vue procédural du mot « demande » (28).

M. Leloir et M. Nast ont été impressionnés par l'esprit qui a guidé le législateur dans la rédaction de l'article 252 et par les conséquences fâcheuses auxquelles conduit la solution de la Cour de Cassation. Si la rétroactivité du jugement de divorce, estime le premier de ces auteurs (29), a pour objet de limiter les pouvoirs des époux, et notamment du mari, au cours de la période critique qui précède le jugement de divorce, pourquoi ne pas faire remonter cette rétro-

(26) V., pour ces deux auteurs, les références précitées.

(27) Civ., 10 mai 1933, D.H. 1933. 361; G.P. 1933. 2. 260.

(28) La solution que la Cour de Cassation a adoptée en 1921, avait été admise dès 1907, par la Principauté de Monaco, dont la législation sur le divorce et la séparation de corps est inspirée des dispositions correspondantes du Code civil. Aux termes de l'alinéa 6 de l'article 21 de l'Ordonnance Souveraine du 3 juillet 1907, relative au divorce et à la séparation de corps (Annuaire de législation étrangère, 1907, p. 596), « le jugement dûment transcrit remonte, quant à ses effets entre époux, au jour où a été lancée la citation à comparaître devant le Tribunal supérieur ». Les termes forts nets de cette ordonnance, qui reproduisent presque textuellement le texte de l'article 252, al. 5, tels qu'ils résultaient de la loi du 18 avril 1886, ne laissent aucun doute sur le jour de la demande.

(29) LELOIR, note précitée, p. 137, col. 2, *in medio*.

activité au jour de la citation en conciliation, c'est-à-dire à une date à partir de laquelle il est à craindre que le mari n'abuse de ses pouvoirs au détriment de son épouse ? Le raisonnement de M. Leloir ne s'applique qu'au cas d'instance engagée par la femme. Dans le cas contraire, l'argument perd sa valeur, puisque c'est justement le mari, dont la femme redoute les agissements frauduleux, qui engage l'instance, et a la possibilité de s'y livrer, avant d'introduire sa demande. N'oublions pas, du reste, que, dans un cas comme dans l'autre, l'article 243 permet à la femme des obligations et des aliénations frauduleuses de son mari, faites en cours et même en prévision de l'instance. Nous reviendrons sur ce point, dans le chapitre II.

M. Nast adopte l'opinion de M. Leloir, mais se place à un autre point de vue. Une conséquence très importante de la rétroactivité des effets du jugement de divorce au jour de l'assignation, c'est que les successions mobilières échues à l'un ou l'autre des époux mariés sous le régime de la communauté légale, entre le jour de la citation en conciliation et celui de l'assignation, tombent en communauté et profitent pour moitié à l'autre conjoint. Une telle conséquence fait douter M. Nast de l'exactitude de l'opinion à laquelle s'est ralliée la Cour de Cassation. Tout en reconnaissant avec cette haute assemblée, que la citation en conciliation a pour but d'éviter l'instance, et qu'en cas de non-conciliation, le demandeur ne peut suivre sur sa demande qu'après avoir été, aux termes même de l'article 238, autorisé à assigner son conjoint devant le tribunal, cet auteur estime que « l'élément de la solution, qui importe, n'est pas là : il faut s'attacher,

non pas aux règles de procédure, mais au but même de la rétroactivité du divorce et de la séparation de corps. Si, par exception au droit commun, le législateur a établi cette rétroactivité, c'est pour éviter que la composition de la masse partageable entre les époux dépende des lenteurs de la procédure. Or, ce but n'est pas atteint avec la solution consacrée par l'arrêt du 27 mai 1921; en retardant plus ou moins la signification de l'assignation, l'époux demandeur pourra, à son gré, fixer le moment auquel la communauté sera dissoute, et, par conséquent, la composition de la masse partageable dépendra, dans une certaine mesure, de sa seule volonté. » (30).

Pour notre part, nous adoptons l'opinion soutenue par MM. Leloir et Nast, qui est sans aucun doute la plus rationnelle, et ce, d'autant plus que l'article 243 accorde à la femme le droit de demander l'annulation d'actes passés par le mari en fraude de ses droits, non pas postérieurement au jour de l'assignation, mais postérieurement à la première ordonnance rendue par le magistrat, laquelle, dans l'esprit du législateur, doit être suivie très rapidement de la citation en conciliation. Cette disposition témoigne, sur ce point encore, du désir du législateur de protéger les intérêts de la femme de la manière la plus complète. Pourquoi, dans ces conditions, ne pas faire remonter les effets du jugement au jour de la citation en conciliation ? — Au surplus, n'est-il pas scandaleux de voir un époux recevoir la moitié d'une succession échue à son conjoint, avec qui il est en état d'hostilité judiciaire ?

(30) NAST, *Rev. crit.*, 1924, p. 55, et PLANIOL et RIPERT, *Les régimes matrimoniaux*, par NAST, n° 682, p. 34.

Nous avons considéré jusqu'ici l'hypothèse la plus simple, celle où le jugement de divorce intervient sur une demande formée par l'un des époux ou sur une demande principale qui est admise (peu importe alors le sort de la demande reconventionnelle). Mais que décider dans l'hypothèse où le tribunal admet la demande reconventionnelle, et rejette la demande principale ? A quelle date rétroagira le jugement ? Au jour de la demande principale, ou au jour de la demande reconventionnelle ? C'est le problème que nous allons maintenant examiner.

§ 2. — DÉTERMINATION DU JOUR DE LA DEMANDE LORSQUE
LE TRIBUNAL ADMET LA DEMANDE RECONVENTIONNELLE
ET REJETTE LA DEMANDE PRINCIPALE.

En règle générale, les effets d'un jugement rétroactif, intervenu sur une demande reconventionnelle, alors que la demande principale est rejetée, ne remontent pas au delà du jour où ont été posées les conclusions de demande reconventionnelle (31). En présence d'un jugement de divorce accueillant seulement la demande reconventionnelle, que faut-il décider ?

Il semble logique d'appliquer à cette hypothèse la solution qui est généralement admise. C'est en ce sens que s'est exprimée la seule décision de jurisprudence qui, à notre connaissance, ait été publiée sur ce sujet. C'est un arrêt de la Cour de Paris, en date du 12

(31) Rapp. cette solution de celle qui intervient en ce qui concerne les effets d'une demande additionnelle, GARSONNET et CÉZAR-BRU, *op. cit.*, II, § 665, p. 434.

juillet 1892 (32), rendu dans une instance en séparation de corps : « Si on admettait, déclare cet arrêt, que la demande reconventionnelle était un incident de la demande principale, ses effets remonteraient au jour où la demande principale elle-même a été introduite, il s'ensuivrait que la séparation de biens produirait ses effets à un moment où elle n'était pas encore demandée par la partie qui l'a obtenue. » Il en serait de même pour la dissolution du régime matrimonial entraînée par le jugement de divorce.

Cette solution, entièrement logique et rationnelle, présente, en fait, de graves inconvénients. Si l'on suppose que ce soit la femme qui ait formé une demande reconventionnelle, et que cette demande soit seule admise, le mari ne devrait aucun compte des revenus des biens propres de sa femme, ni de ceux des biens communs, courus entre la date de la demande principale et de la demande reconventionnelle. Ce résultat est vraiment contraire à l'équité.

Supposons maintenant que l'un des époux mariés sous le régime de la communauté légale, défendeur à une action en divorce, reçoive, postérieurement au jour de la demande formée par son conjoint, une succession mobilière; son intérêt lui conseillerait de former une demande reconventionnelle, dans l'espoir d'obtenir un jugement à son profit exclusif, de manière à éviter que cette succession ne tombe en communauté.

De telles tractations, dans des instances aussi graves que les demandes en divorce, sont incompatibles avec

(32) Paris, 12 juillet 1892, S. 1894. 2. 10. — Dans ce sens, RAYNAL, *op. cit.*, p. 39. — PROPHETTE, *op. cit.*, p. 119. — DUCAMP, *op. cit.*, p. 24.

l'intention du législateur, qui, en établissant la rétroactivité du jugement de divorce, a voulu, on le sait, empêcher les époux de modifier arbitrairement la composition du patrimoine de la communauté.

Dans ces conditions, il semble préférable de faire remonter au jour de la demande principale, les effets du jugement de divorce intervenu sur une demande reconventionnelle. Cette opinion, qui a déjà été soutenue, notamment par M. Bernard Augé, dans un article de la *Revue du Notariat et de l'Enregistrement*(33), trouve un appui dans le texte même de l'article 252; ne peut-on pas estimer que, par le mot « demande », le législateur a envisagé l'acte par lequel l'instance a pris un caractère contentieux, c'est-à-dire, dans l'état actuel de la jurisprudence, le jour de l'assignation ?

De plus, ainsi que l'a justement noté M. Augé, la demande reconventionnelle en divorce ou en séparation de corps, n'est pas une simple défense à la demande principale. Elle « s'approprie les actes de procédure au soutien de la demande principale »; elle est dispensée de la tentative de conciliation, et c'est ainsi que l'on admet que le défendeur peut former une demande reconventionnelle en divorce à une demande principale en séparation de corps, qui avait été introduite originairement sous forme de demande en divorce. C'est un exemple remarquable d'une action qui se survit à elle-même, bien qu'ayant disparu. Pourquoi donc hésiter à faire rétroagir au jour de la demande principale les effets d'une demande reconventionnelle seule admise ? L'argument de logique, invoqué

(33) Bernard AUGÉ, *Date des effets entre époux du divorce au cas de demande reconventionnelle seule admise*, Rev. not., 1929, n° 22.802.

par les partisans de la rétroactivité restreinte, disparaît devant les considérations de fait et de droit qui viennent d'être exposées.

La solution de la rétroactivité au jour de la demande principale s'impose, et nous espérons la voir consacrer par la jurisprudence.

*
**

Après cette étude du principe de la rétroactivité au jour de la demande des effets du jugement ou de l'arrêt de divorce devenu définitif, abordons le fond même de notre sujet : envisageant spécialement le régime de communauté pour les raisons que nous avons déjà dites, nous examinerons dans le chapitre premier, la question suivante : Les règles relatives à la composition de la communauté s'appliquent-elles au cours de l'instance en divorce ?

CHAPITRE PREMIER

Les règles relatives à la composition de la communauté et des patrimoines des époux s'appliquent-elles au cours de l'instance en divorce ?

Le patrimoine de la communauté est en période normale une réalité vivante, il comprend un actif et un passif dont la composition résulte de la réglementation du Code civil. Cette réglementation continuera-t-elle de s'appliquer au cours de l'instance ? Pour répondre à cette question nous considérerons dans deux sections d'importance très inégales, l'actif et le passif de la communauté.

SECTION I

L'actif de la communauté.

En application du principe de la rétroactivité du régime matrimonial, la communauté existant entre les époux doit être liquidée comme si elle avait été dissoute le jour de la demande en divorce. Les immeu-

bles et les meubles échus à l'un des époux postérieurement à la date de l'assignation et qui, d'après la loi ou les conventions matrimoniales auraient dû entrer dans la communauté, restent propres à l'époux bénéficiaire. L'application la plus importante de cette règle est faite à propos des successions mobilières échues à un époux commun en biens, après le jour de la demande. Ce sont des procès de ce genre qui ont fourni l'occasion à la jurisprudence de déterminer avec exactitude quel était ce jour de la demande.

Ainsi, il a été jugé par la Cour de Cassation (1) qu'une succession mobilière échue à un époux commun en biens, avant le jour de l'assignation, mais après la citation en conciliation tombe en communauté et que le mari est bien fondé à réclamer la liquidation de cette succession. Le tribunal civil de la Seine a jugé dans le même sens qu'un legs mobilier survenu à l'un des époux depuis l'assignation demeure la propriété exclusive de cet époux; son conjoint n'y peut prétendre aucun droit, la communauté étant rétroactivement dissoute avant la naissance du droit de l'époux bénéficiaire à son émolument (2).

En application du même principe, les fruits et revenus des biens propres des époux, perçus ou échus postérieurement au jour de la demande n'entrent plus en communauté, mais restent propres à l'époux propriétaire du bien qui les produit. Le mari, ainsi que nous le verrons dans le chapitre II, continue au cours de l'instance de percevoir les revenus des propres de sa femme, mais devient, à compter du jour de la demande, responsable de ces revenus, qui n'ont pu être tou-

(1) V. affaire Leperdriel, Civ., 27 mai 1921, précité.

(2) Trib. c. Seine, 12 mars 1921, G. T. 1922. 2. 172.

chés par lui « qu'à titre provisoire, à charge de restitution conditionnelle » (3), si le jugement de divorce est ultérieurement prononcé.

Au contraire, les fruits et revenus des biens communs accroissent l'indivision; l'époux qui les a perçus, normalement le mari, en devient responsable. S'il s'agit d'une exploitation agricole, commerciale ou industrielle, l'époux gérant cette exploitation doit rapporter à la communauté, lors de la liquidation, les bénéfices qu'il a réalisés postérieurement au jour de la demande de déduction faite des frais de faire-valoir et d'une indemnité qui lui est due pour ses soins et son activité (4). Mais l'époux gérant pourrait prétendre à la totalité des bénéfices par lui réalisés à l'occasion d'opérations toutes nouvelles, auxquelles il se serait livré à ses risques et périls, ne rentrant pas nécessairement dans le fonctionnement habituel de l'exploitation, mais engageant une initiative, des connaissances spéciales et un travail qui lui soient propres. (5).

A l'égard des tiers, le régime matrimonial n'est dissous que du jour de la transcription, et tous les biens échus pendant l'instance qui, à l'égard des époux, ne

(3) Civ., 18 juin 1877, S. 1877. 1. 406. — Cette question était fort débattue au milieu du XIX^e siècle, et l'incertitude régnait parmi les auteurs et la jurisprudence. La Cour de Cassation, s'appuyant sur les termes de l'article 1449, al. 2 (il s'agissait de dissolution de communauté à la suite d'une séparation de biens accessoire d'un jugement de séparation de corps) et de l'article 1473, aux termes duquel les récompenses dues par les époux emportent les intérêts de plein droit du jour de la dissolution de la communauté, s'est prononcée dans le sens qu'elle consacre encore aujourd'hui. — V. sur ces controverses, Agen, 29 avril 1868, S. 1868. 2. 129, et la note.

(4) Civ., 23 mai 1905, D. 1906. 1. 368, et la note E. BOUTAUD. — Trib. c. Rouen, 25 mai 1925, Rev. not., 1925, n° 20.675.

(5) Req., 27 janvier 1926, J. N., 1926, art. 34.799.

sont pas communs, peuvent néanmoins être saisis par les créanciers de la communauté.

Nous n'insisterons pas davantage sur ces solutions, lesquelles, hormis la rétroactivité du jugement de divorce à l'égard de époux ne sont que l'application des principes admis en matière de liquidation de communauté et ne soulèvent pas de difficultés sérieuses. Au contraire, l'étude du passif de la communauté soulève quelques problèmes plus délicats.

SECTION II

Le passif de la communauté.

La communauté ne peut être grevée d'aucune charge nouvelle, postérieurement au jour de la demande à partir duquel elle doit être considérée, lors de la liquidation, comme dissoute. Cette situation n'existe que dans les rapports des époux entre eux : les obligations du mari cessent d'engager la communauté ; et les dettes mobilières grevant les successions mobilières échues à l'un des époux au cours de l'instance, restent propres à l'époux bénéficiaire de l'émolument.

A l'égard des tiers, la non rétroactivité du jugement de divorce impose une solution différente : les tiers qui ont contracté avec le mari, après le jour de la demande, les créanciers des successions mobilières échues à l'un des époux au cours de l'instance ont la possibilité de poursuivre le recouvrement de leurs créances sur la communauté, à la charge de laquelle

elles tombent provisoirement ; mais lors de la liquidation, ces dettes seront supportées par l'époux bénéficiaire de l'émolument mobilier, ou par l'époux qui les a contractées.

Si l'obligation n'a été contractée par le mari à la charge de la communauté que pour faire échec, avec la complicité d'un tiers, au droit de partage de la communauté appartenant à la femme, celle-ci a la possibilité de demander aux termes de l'article 243 C. C., la nullité de cette obligation frauduleuse. La même ressource lui appartiendrait, en cas d'aliénation frauduleuse de biens communs par le mari. Nous reviendrons dans le chapitre II sur ces questions fort importantes.

En résumé, la communauté devient, à compter du jour de la demande, une « indivision fermée ». Mais deux difficultés se présentent, l'une est relative à la créance des tiers qui ont fourni des aliments à une femme en instance de divorce, l'autre aux dépens mis à la charge du mari qui succombe.

§ 1. — LES TIERS QUI ONT FOURNI DES ALIMENTS A LA FEMME EN INSTANCE DE DIVORCE PEUVENT-ILS RÉCLAMER LE PAIEMENT AU MARI ET A LA COMMUNAUTÉ ?

Nous avons dit qu'à l'égard des tiers, le régime matrimonial subsistait jusqu'à la transcription. Cette proposition est-elle toujours exacte ?

En principe, le mari, et lui seul, peut engager ses propres et les biens communs par ses obligations. La femme qui agit sans être autorisée ne peut engager que la nue propriété de ses propres. Un système aussi rigoureux serait pratiquement inapplicable. Aussi, il

a toujours été admis que la femme pourrait, dans certains cas, notamment lorsqu'elle contracte des dettes dans l'intérêt du ménage ou des enfants, obliger les biens de la communauté et ceux du mari sans être tenue personnellement. Pour expliquer ce résultat, certains auteurs font appel à la théorie du mandat tacite que le mari est censé donner à sa femme. D'autres au contraire, attribuent à la femme un mandat légal ou un pouvoir propre. La jurisprudence consacre, en général, le premier système auquel on applique les règles générales du mandat. Quelle que soit l'explication adoptée, on admet que ce mandat domestique est fondé sur la cohabitation du mari et de la femme, et même qu'il subsiste en cas de séparation de fait, lorsque la femme a été abandonnée par le mari.

Que décider au cours de l'instance en divorce? Le mandat tacite subsiste-t-il? Les fournisseurs de la femme peuvent-ils poursuivre le mari et la communauté?

Les auteurs (6) et la jurisprudence (7) sont d'accord sur la disparition du mandat tacite, comme conséquence de la cessation légale de la cohabitation. On ajoute que le maintien du mandat tacite est sans intérêt pour la femme puisque celle-ci peut obtenir la condamnation de son mari, qui demeure tenu de l'obligation de secours et assistance, à une pension alimentaire.

Cette solution s'impose-t-elle aux tiers qui ont fourni des aliments à la femme au cours de l'instance? L'intérêt de ces fournisseurs est de pouvoir agir contre le

(6) PLANIOL et RIPERT, *La famille*, par Rouast, t. II, n° 601.

(7) Paris, 7 mars 1890, D. 1891. 2. 259. — Trib. c. Seine, 15 mars 1899, G. P. 1899. 1. 649. — Trib. c. Lyon, 7 décembre 1901, G. P. 1902. 1. 63.

mari et contre la communauté. Ne pourraient-ils pas invoquer l'article 252 *in fine* aux termes duquel le jugement de divorce ne produira effet à l'égard des tiers que du jour de la transcription? Cet argument qui a été invoqué, a été rejeté par la jurisprudence. En effet, le pouvoir de la femme d'engager la communauté ne dépend pas de l'existence de la communauté à l'égard des tiers, mais au contraire d'un mandat tacite, subordonné à la cohabitation des époux (8).

Ainsi, les tiers fournisseurs de la femme sont mal fondés à demander au mari le paiement de leur créance, s'ils ont eu connaissance de l'instance en divorce. La jurisprudence est très stricte sur ce point, et même impose aux tiers « de rechercher la condition de la femme, et de prendre à cet égard les renseignements nécessaires ». (9).

Cependant, les intérêts des tiers de bonne foi doivent être sauvegardés. Si malgré leurs recherches, les fournisseurs ont ignoré la cessation légale du mandat tacite (il en est ainsi pour les grands magasins qui ne connaissent pas personnellement leurs clients), cer-

(8) Ainsi, un jugement du tribunal de paix de Boulogne-sur-Seine, qui avait accueilli une demande en paiement formée par un tiers contre le mari, à raison de fournitures faites à la femme au cours d'une instance en divorce, a été infirmé par un jugement du tribunal de la Seine, en date du 15 octobre 1930 (Sem. Jur. 1931, p. 17), pour les motifs suivants : « Attendu que le fournisseur ne pouvait avoir en l'espèce action contre le mari qu'en vertu de la présomption que celui-ci aurait donné un mandat tacite à son épouse pour les fournitures nécessaires au ménage et les dépenses courantes. Mais attendu qu'il résulte des faits et circonstances de la cause que le fournisseur n'a pas ignoré que sa cliente vivait séparée de son mari, qu'elle n'habitait plus avec lui et qu'elle se disposait à contracter une autre union. »

(9) Trib. c. Lyon, 7 décembre 1901, G. P. 1902. 1. 63. — V. aussi Trib. c. Seine, 15 mars 1899, G. P. 1899. 1. 649.

tains auteurs, notamment de Loynes (10), et la jurisprudence (11), décident qu'ils ont le droit de soutenir que cette cessation ne leur est pas opposable par application des dispositions de l'article 2005 du Code civil, ainsi rédigé : « La révocation du mandat notifiée au seul mandataire ne peut être opposée aux tiers qui ont traité dans l'ignorance de cette révocation, sauf au mandant son recours contre le mandataire ». Les tiers peuvent, dans cette hypothèse, agir contre le mari et la communauté, dans la mesure où les dépenses de la femme constituent des dépenses d'entretien (12), que, seules, le mari demeure tenu de payer à sa femme au cours de l'instance en divorce.

La dette ainsi contractée par la femme tombe donc provisoirement dans la communauté. Mais lors de la liquidation, cette dette doit suivre le sort de la pension alimentaire, c'est-à-dire être imputée sur les revenus des biens qui sont attribués à la femme (13), (propres, reprises, part dans la communauté). Le surplus sera à la charge du mari.

La même solution doit être appliquée en ce qui concerne les soins médicaux donnés à la femme au cours de l'instance en divorce. Si les soins médicaux étaient prévisibles dès le début de l'instance (frais d'accouchement, par exemple), la femme ne manquera pas de réclamer à son mari, lors de la tentative de concilia-

(10) DE LOYNES, note au D. 1891. 2. 257.

(11) Trib. c. Amiens, 8 janvier 1925, G. P. 1925. 1. 574; J. N. 1925, art. 34.421 et s., p. 510 et s. — Argument *a contrario*, de Paris, 22 nov. 1899, précité : les tiers avaient connaissance de la rupture des relations entre époux.

(12) Trib. c. Amiens, 8 janvier 1925, précité.

(13) Sur la question de l'imputation de la pension alimentaire, Req., 2 mai 1927, S. 1928. 1. 184, et l'excellente note de M. AUDINET.

tion, une pension alimentaire dont le juge fixera le montant, en tenant compte des frais auxquels la femme aura à faire face. Dans ce cas, les tiers qui ont donné leurs soins à la femme ne peuvent rien réclamer au mari (14).

Si, au contraire, les soins médicaux donnés à la femme étaient imprévisibles, s'il s'agit par exemple d'une opération chirurgicale urgente, le médecin ou le chirurgien peut réclamer au mari le montant de ses honoraires. Dans une espèce de ce genre, soumise au tribunal de Valence (15), le mari pour s'opposer à la demande du chirurgien prétendait que sa femme aurait dû lui demander son autorisation.

Le tribunal de Valence réfuta cet argument par le motif que, à raison de l'urgence et de l'utilité que présentait cette opération, la femme pouvait se faire opérer de sa propre initiative, sans demander l'autorisation préalable de son mari. Mais par qui devait être supportée la dépense? « Les frais médicaux ainsi engagés, répond le tribunal, sont à la charge de la communauté tant que le divorce n'est pas définitif, et un médecin est fondé à réclamer ses honoraires au mari, chargé du devoir d'assistance et détenteur des biens de communauté et des propres ».

Il est incontestable qu'à l'égard des tiers, la dette représentant le soins médicaux donnés à la femme tant que le jugement n'est pas définitif et même, jusqu'à la transcription, tombe dans le passif de la communauté. Mais, dans les rapports des époux, la dette

(14) Trib. c. Rhône, 28 novembre 1929, J. N. 1929, art. 35.929.

(15) Trib. c. Valence, 11 juillet 1933, G. P. 1933. 2. 538; Sem. Jur. 1934, p. 116; et sur ce jugement, chronique de M. LAGARDE, Rev. trim. 1933, p. 1163.

représentant les soins médicaux donnés à la femme suivra le sort de la pension alimentaire et sera, comme celle-là, imputée sur les revenus des biens attribués à la femme (16).

Une autre difficulté relative au passif de la communauté est soulevée par la question de savoir par qui seront supportés les frais d'une instance en divorce à laquelle le mari succombe. Cette question fera l'objet du second paragraphe.

§ 2. — PAR QUI DOIVENT ÊTRE SUPPORTÉS LES DÉPENS DE L'INSTANCE EN DIVORCE MIS A LA CHARGE DU MARI QUI SUCCOMBE ?

La question des dépens d'une instance en divorce doit être envisagée du point de vue de la femme et du point de vue du mari.

La femme n'a pu plaider contre son mari qu'avec l'autorisation de justice. Si elle succombe, elle supportera seule et définitivement ses frais d'instance (17), en vertu des dispositions générales de l'article 1426 C. C., et aussi les frais d'instance de son mari victorieux; on refuse même à son avoué le droit d'agir contre la communauté, à défaut d'une provision suffisante (18) et sous le régime dotal, contre les revenus

(16) LAGARDE, chronique précitée, *in fine*.

(17) Solution incontestable. V. sur ce point : Doctrine : LAURENT, XXII, n° 82; GUILLOUARD, II, n° 842; BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, II, n° 629. — Jurisprudence : Civ., 30 avril 1862, D. 1862. 1. 210; S. 1862. 1. 494. — Angers, 28 juin 1850, D. 1851. 2. 60; S. 1852. 2. 429. — Douai, 4 juillet 1854, D. 1854. 5. 400; S. 1854. 2. 747.

(18) V. Cass. 30 avril 1862, D. 1862. 1. 210 et la note; S. 1862. 1. 449. — Cass. 5 juillet 1865 (motifs), S. 1865. 1. 340. — Aix, 26 mai 1887. 2. 97, note E. NAQUET, II.

des biens dotaux, qui appartiennent exclusivement au mari, sous les seules charges qui lui sont imposées comme usufruitier de la dot. Si la femme triomphe, elle pourra réclamer au mari le montant de ses frais, et sa créance est garantie par l'hypothèque légale (19).

Plaçons-nous maintenant du côté du mari: s'il gagne, la communauté supporte provisoirement les frais qu'il a engagés, mais lors de la liquidation, la femme devra à la communauté une récompense égale au montant de ces frais.

Si le mari succombe, il semblerait en bonne logique, qu'on doive lui appliquer la même solution qu'à la femme qui perd le procès: il supporterait seul et définitivement les dépens de l'instance mis à sa charge (frais de sa femme et les siens propres). Et pourtant, il n'en est pas toujours ainsi d'après certaines décisions de jurisprudence.

On sait qu'aux termes de l'article 1409 C. civ., la communauté se compose passivement: « 2° Des dettes, tant en capitaux qu'arrérages ou intérêts contractés par le mari pendant la communauté ou par la femme du consentement du mari, sauf les récompenses dans le cas où elle a lieu ». En vertu de ce texte, les dépens de tout procès perdu par le mari sont supportés par la communauté, définitivement; cependant, l'article 1424 dispose que le mari devra récompense à la femme, si la communauté a supporté les amendes qu'il a encourues.

Il semble bien qu'en application de l'article 1409, 2, la communauté doive supporter définitivement, sans récompense par le mari, les dépens d'une instance en

(19) Trib. c. Nontron, 20 décembre 1888, et sur appel, Bordeaux, 22 mars 1899, S. 1890. 2. 52.

divorce à laquelle celui-ci a succombé. C'est en ce sens que s'est exprimé un arrêt de la Cour de Dijon en date du 23 novembre 1911 (20). « La communauté est responsable des fautes du mari qui en est le chef, et les dettes contractées par celui-ci ne se distinguent pas des dettes communes, sauf l'exception prévue par l'article 1425 C. civ.; ainsi la communauté doit supporter définitivement et sans récompense les frais auxquels le mari a été condamné, alors même que l'instance était dirigée contre lui par sa femme, comme elle supporterait ceux de tout procès perdu par lui ».

La solution adoptée par la Cour de Dijon avait déjà été émise par M. Prophette, dans sa thèse soutenue en 1902 (21). Cet auteur, après avoir posé en principe que les dettes contractées par l'un ou l'autre époux postérieurement au jour de la demande restent personnelles à celui du chef duquel elles sont nées, reconnaît, en ce qui concerne les dépens d'une instance à laquelle le mari a succombé, que les frais exposés antérieurement au jour de l'assignation rentrent incontestablement dans le passif de la communauté, en vertu de l'application des règles du régime de communauté. Quant aux frais postérieurs, il estime que c'est aussi la communauté qui doit les supporter, bien qu'ils aient été faits à une époque où la communauté doit être considérée comme rétroactivement dissoute, parce que « la cause de ces frais ne se trouve ni dans le jugement qui porte condamnation aux dépens, ni dans les actes eux-mêmes, mais dans les faits délictueux qui ont motivé la demande. »

(20) Dijon, 23 novembre 1911, S. 1913. 2. 289, et la note (très complète), signée J. Le C. (Le Courtois).

(21) PROPHETTE, *op. cit.*, p. 135.

Le système de la Cour de Dijon et de M. Prophette ne peut être retenu; les résultats auxquels il aboutit sont vraiment déconcertants. Si la communauté est obérée, la femme y renonce: dans ces conditions, le mari supporte seul les dépens de l'instance à laquelle il a succombé et l'équité reçoit satisfaction. Si, au contraire, la communauté est solvable, la femme, en acceptant (que ce soit purement et simplement, ou sous bénéfice d'émoluments), supporte la moitié des dépens mis à la charge de son mari par le jugement qui a prononcé le divorce à son profit!

Comment éviter ce résultat choquant pour l'équité? Depuis longtemps déjà, Massé et Vergé, sur Zachariae (22), avaient proposé l'explication suivante: « Il semble que les frais auxquels le mari est condamné doivent rester à sa charge personnelle et non être mis à la charge de la communauté, ce qui serait faire indirectement supporter une partie par la femme, qui en est exonérée par le jugement qui accueille sa demande » (23). Ce raisonnement est spécieux, et n'apporte aucune solution à la question, les frais de l'instance tombent dans la communauté justement parce qu'ils ont été mis à la charge du mari par le jugement.

Cette explication de Massé et Vergé n'a pas trouvé de défenseurs; Guillouard la condamne (23) et reconnaît sans enthousiasme que si les dépens mis à la charge du mari tombent en communauté, « c'est à raison des pouvoirs qui appartiennent au mari comme chef, et parce que les dettes du mari sont dettes de communauté ».

(22) ZACHARIAE, *Le droit civil français*, trad. G. Massé et Ch. Vergé, Paris, 1854-1860, t. IV, § 642, p. 98, note 35.

(23) GUILLOUARD, II, n° 841. Dans le même sens : RODIÈRE et PONT, II, n° 814. — ANNIAUD, III, n° 1134.

On peut songer à une autre explication: lorsque le mari succombe dans une instance en divorce, il suffirait que le tribunal le condamne à payer à sa femme à titre de dommages-intérêts une somme égale à la moitié des frais auxquels il est condamné (lui-même supportant l'autre moitié dans le passif commun).

Cette explication soulève une grave objection: comment pourrait-elle être motivée par le juge? Le fait de succomber ne constitue pas une faute pour le mari, et ne peut donner lieu à une condamnation à des dommages-intérêts au profit de la partie gagnante.

La solution du problème doit être recherchée sur le terrain même du régime matrimonial; elle est fournie par le principe de la rétroactivité des effets du jugement de divorce dans les rapports des époux entre eux. En vertu de ce principe auquel il est vraiment étonnant que la Cour de Dijon n'ait pas eu recours en 1911, on peut considérer que la dette du mari résultant des dépens mis à sa charge a été contractée postérieurement à la dissolution de la communauté, à une époque où les règles du régime de communauté ne s'appliquent plus et doit, en conséquence, rester personnelle à l'époux du chef duquel elle est née.

L'application du principe de la rétroactivité a le grand avantage d'être juridique et de satisfaire en même temps l'équité: Cette solution qui avait déjà été appliquée à deux reprises par la jurisprudence (24), avant l'arrêt de la Cour de Dijon, est soutenue par M. Le Courtois (25) et par M. Nast (26); nous nous y rallions sans réserve.

(24) Douai, 30 juillet 1903; Trib. c. Gien, 12 avril 1892 (séparation de corps, application de l'art. 1444, § 2, C. c.), sous-notes *a* et *b* de la note précitée signée J. Le C.

(25) J. LE COURTOIS, note précitée.

(26) PLANIOL et RIPERT, *Les régimes matrimoniaux*, par NAST, VIII, n° 346.

Ajoutons que l'avoué du mari, à l'égard duquel la communauté subsiste jusqu'à la transcription du jugement de divorce, possède une action contre la communauté, qui, lors de la liquidation, a droit, grâce à la rétroactivité du jugement de divorce, à une récompense égale au montant des dépens qu'elle a payés pour le mari.

Le Courtois remarque qu'il est possible de faire au système auquel il se rallie, une objection que M. Prophette avait déjà formulée avant lui. Cette objection est la suivante: la dette des dépens au paiement desquels le mari a été condamné a son origine dans les faits qui ont motivé le divorce; elle a été en quelque sorte implicitement contractée pendant la communauté. N'admet-on pas assez généralement que la femme, créancière des frais de divorce ou de séparation de corps, a pour les recouvrer contre son mari, la garantie de son hypothèque légale (27) ?

A cette objection, Le Courtois répond avec justesse que la femme jouit aussi de la protection de son hypothèque légale pour lui permettre de recouvrer contre son mari les dommages intérêts que celui-ci peut avoir été condamné à lui payer par le jugement de divorce. Et dans cette hypothèse, on ne peut évidemment pas soutenir que la créance garantie par l'hypothèque légale ait son origine dans la communauté. « De ce qu'une dette de l'ex-mari envers son épouse est garantie par l'hypothèque légale, il ne faut donc pas conclure que cette dette fait nécessairement partie du passif de la communauté comme dette contractée pen-

(27) V. *supra*, p. 44, texte et note 19.

dant sa durée. Pourquoi n'en serait-il pas autrement des frais de l'instance en divorce » (28) ?

Aucun doute n'est donc possible: grâce au principe de la rétroactivité, la femme ne doit pas supporter les frais d'instance en divorce de son mari qui perd le procès, bien qu'elle possède pour les recouvrer la garantie de l'hypothèque légale (29).

*
**

A la fin de ce premier chapitre, il est possible de se rendre compte que le régime matrimonial est gravement désorganisé au cours de l'instance en divorce par le principe de la rétroactivité des effets du jugement. Cependant, il ne faut pas conclure que toutes les règles du régime matrimonial cessent de s'appliquer dès le jour de la demande.

Nous avons vu qu'en principe, la situation des époux à l'égard des tiers n'est pas modifiée au cours de l'instance, sauf en ce qui concerne le mandat tacite de la femme: conséquence non pas de la dissolution rétroactive du mariage, mais de la cessation de la cohabitation.

Nous allons examiner maintenant comment sont administrés, au cours de l'instance, les biens propres des époux et ceux de la communauté. Ce sera l'objet du chapitre II.

(28) J. LE COURTOIS, note précitée.

(29) Si, par hypothèse, l'instance avait pris fin sans que le divorce ait été prononcé (débouté, désistement, mort ou réconciliation pendant la litispendance), les frais exposés par la femme ne pourraient être recouvrés que sur la nue-propiété des biens de celle-ci (1426 C. c.); mais la communauté devrait supporter ceux exposés par le mari, et sans récompense (1409, 2°).

CHAPITRE II

L'administration de la communauté et des divers patrimoines des époux au cours de l'instance en divorce.

Pour les raisons que nous avons déjà indiquées à la fin du chapitre préliminaire, c'est principalement à l'administration des biens communs et des biens propres des époux sous le régime de communauté que le présent chapitre est consacré. Cependant, nous ne manquerons pas d'indiquer les solutions applicables à l'administration par le mari des biens de sa femme, sous les régimes autres que celui de la communauté, et notamment sous le régime dotal. Notre tâche sera facilitée par le fait que l'administration des biens dotaux, qui appartient au mari, se rapproche de l'administration du mari commun sur les propres de sa femme, sous certaines réserves à préciser.

Ce chapitre comprend quatre sections :

Section I : Principes généraux de l'administration de la communauté et des biens propres des époux en dehors de l'instance en divorce.

Section II : Administration de la communauté et des

biens propres des époux au cours de l'instance en divorce.

Section III: Etude des mesures conservatoires qui peuvent être prises par l'un des époux au cours de l'instance en divorce sur les biens dont son conjoint a l'administration.

Section IV: De la nullité des actes passés par le mari au cours de l'instance en divorce sur les biens de la communauté en fraude des droits de sa femme (article 243 C. civ.).

SECTION I

Principes généraux de l'administration de la communauté et des biens propres des époux, en dehors de l'instance en divorce.

Dans les quelques pages de cette section nous n'avons pas l'intention de déterminer dans les détails, les règles de l'administration des biens communs et des biens propres des époux; ce serait d'ailleurs hors de notre sujet. Nous nous proposons seulement d'essayer de dégager des textes du Code civil et de la jurisprudence, les principes généraux et essentiels de cette administration dont nous examinerons dans les sections suivantes, le fonctionnement au cours de l'instance en divorce.

L'administration de la communauté et des biens propres des époux a été confiée par le Code civil au mari et à lui seul.

Ce régime d'unité d'administration de la communauté subsista pendant un siècle, mais sous la poussée constante de la législation et de la jurisprudence tendant à accorder à la femme des pouvoirs sur la communauté, disparut à la suite de la promulgation de la loi du 13 juillet 1907. Sans porter atteinte aux pouvoirs d'administration du mari sur la communauté et sur les propres de sa femme, tels que le Code civil les avait déterminés, sans supprimer l'incapacité de la femme mariée, cette loi attribue à celle-ci, sous tous les régimes matrimoniaux, le pouvoir d'administrer, seule, sans le concours de son mari, mais néanmoins sous son contrôle, certains biens acquis par son travail et que l'on appelle bien réservés.

Cette dualité d'administration impose la division de l'étude de l'administration de la communauté et des biens propres de la femme en deux paragraphes, consacrés respectivement aux pouvoirs du mari et à ceux de la femme.

§ I. — ADMINISTRATION RÉSERVÉE AU MARI.

Sous le régime de communauté, le mari occupe une place prépondérante: c'est lui qui administre les biens communs, et les biens propres de la femme, mais à des titres et avec des pouvoirs très différents dans l'un ou l'autre cas.

1. *Administration des biens communs.* — Le mari administre seul la communauté en qualité de chef de l'association conjugale. C'est la solution traditionnelle de l'Ancien Droit; la loi attache une importance telle à la suprématie maritale que l'article 1388 du code civ.

défend aux époux, dans leur contrat de mariage, de porter atteinte aux droits « qui appartiennent au mari comme au chef ».

L'article 1421 indique les pouvoirs d'administration du mari: « Le mari administre seul les biens de la communauté. Il peut les vendre, aliéner et hypothéquer sans le consentement de sa femme ». (1).

Cette énumération, dans sa sécheresse, montre l'étendue des pouvoirs du mari sur les biens communs, considérablement plus larges que ceux d'un administrateur ordinaire, qui n'a jamais le droit de faire seul des actes aussi graves que l'aliénation ou la constitution d'hypothèque.

Chef de l'association conjugale, le mari ne doit utiliser les pouvoirs d'administration qui lui sont confiés en cette qualité, que dans l'intérêt du ménage. Le Code civil et la jurisprudence ont apporté des restrictions importantes à cette omnipotence, qui, entre les mains d'un mari égoïste aurait pu être trop dangereuse pour les intérêts de la femme.

Les limitations apportées par le Code civil aux pouvoirs du mari sur les biens communs, sont de deux sortes: les unes concernent des opérations que le Code présume inutiles, ou même dangereuses pour l'intérêt du ménage: interdiction de disposer entre vifs, à titre gratuit des immeubles dépendant de la communauté, de l'universalité ou d'une quotité du mobilier com-

(1) Ce texte est visiblement inspiré de l'article 225 de la Coutume de Paris: « Le mari est seigneur et maître des meubles et conquêts immeubles faits par lui, durant et constant le mariage, de lui et de sa femme, en telle manière qu'il les peut vendre, aliéner ou hypothéquer, et en faire et disposer par donation ou autre disposition entre vifs, à son plaisir et volonté, sans le consentement de ladite femme, à personne capable et sans fraude. »

mun, à moins que ce ne soit pour l'établissement d'un enfant né du mariage (art. 1422, al. 1) ; interdiction au mari des donations testamentaires excédant sa part de communauté (art. 1423, al. 1) ; — les autres concernent des opérations faites par le mari dans son intérêt exclusif : interdiction des donations d'effets mobiliers communs avec réserve d'usufruit à son profit (1422, al. 2).

Ces limitations du Code Civil, qui constituent un progrès sur l'Ancien Droit où elles n'existaient pas, se sont révélées insuffisantes. Aussi la jurisprudence, faisant œuvre prétorienne, mais s'inspirant de l'Ancien Droit, les a complétées, pour assurer d'une manière plus efficace la protection des intérêts de la femme sur les biens communs. C'est dans ce but que les tribunaux annulent, au profit de la femme les donations de mobilier commun faites par le mari, même sans réserve d'usufruit, si elles représentent une part importante de la communauté, et en général, tous les actes du mari sur les biens communs tendant à fausser les résultats du partage en fraude des droits de la femme. L'œuvre jurisprudentielle est approuvée par la Doctrine toute entière.

Dans le Code Civil, il n'existe qu'une seule disposition relative à la fraude du mari : c'est l'article 243 que nous étudierons avec détail dans la section IV de ce chapitre et qui prévoit expressément le cas d'actes frauduleux accomplis par le mari sur les biens communs au cours de l'instance en divorce. Il suffisait actuellement d'indiquer la limitation apportée par la jurisprudence aux pouvoirs du mari. Lors de l'étude de l'article 243, nous examinerons la théorie générale de la jurisprudence relative à la fraude du mari, et la

théorie du Code civil sur les actes frauduleux du mari au cours de l'instance en divorce.

2. *Administration des biens propres de la femme.* — C'est également au mari qu'appartient, sous le régime de communauté, l'administration des biens de la femme, mais avec des pouvoirs qui diffèrent de ceux qu'il possède sur les biens communs.

C'est un simple administrateur de biens d'autrui : la femme a la possibilité, dans son contrat de mariage, de se réserver l'administration de la totalité ou de certains de ses propres; on a vu qu'au contraire, il n'était pas possible aux époux de porter atteinte aux droits du mari chef de communauté. De plus, le mari ne possède sur les propres de sa femme que les pouvoirs qui lui sont expressément attribués, alors que sur les biens communs il a tous les pouvoirs, sauf ceux qui lui sont expressément retirés; c'est ainsi « qu'il ne peut aliéner les immeubles personnels de sa femme sans son consentement », et « qu'il est responsable de tout déperissement des biens personnels de sa femme, causé par défaut d'actes conservatoires ». (art. 1428, al. 3 et 4).

Rappelons enfin que sous les régimes autres que la communauté (régime de séparation de bien excepté, où chaque époux conserve l'administration et la jouissance de ses biens personnels), l'administration et la jouissance des propres de la femme appartiennent également au mari: c'est ce que décide l'article 1531 pour le régime exclusif de communauté; et l'article 1549 pour le régime dotal, mais seulement en ce qui concerne les biens dotaux de la femme. Dans le premier, les pouvoirs du mari sont identiques à ceux du mari commun; dans le second, les pouvoirs du mari

sont plus étendus que ceux du mari commun, car il peut, en plus de l'administration, aliéner les meubles dotaux et exercer seul les actions immobilières pécuniaires.

Examinons maintenant dans un second paragraphe l'administration de la femme, quel que soit son régime matrimonial sur ses biens réservés.

§ 2. — ADMINISTRATION RÉSERVÉE A LA FEMME.

Les biens réservés, institués par la loi du 13 juillet 1907, sont constitués par les produits du travail de la femme exerçant une profession distincte de celle de son mari, et les économies en provenant. Sous le régime de communauté, les biens réservés sont communs; le législateur, en les créant, a détruit le principe traditionnel de l'unité d'administration des biens communs. En effet, l'alinéa 1 de l'article 1^{er} de la loi de 1907 confie à la femme l'administration de ses biens réservés, avec les « mêmes droits d'administration que l'article 1449 du Code civil donne à la femme séparée de biens ». Cette expression est d'ailleurs inexacte, car la femme a sur ses biens réservés des pouvoirs plus étendus que ceux de la femme séparée de biens: c'est ainsi que l'alinéa 3 de l'article 1^{er} lui reconnaît le droit d'aliéner à titre onéreux ses biens réservés meubles et immeubles sans l'autorisation de son mari, alors que la femme séparée de biens ne peut aliéner ses immeubles qu'avec le consentement de son mari ou l'autorisation de justice.

Mais il lui est interdit d'aliéner ses biens réservés à titre gratuit, exception faite pour les cadeaux d'usage

et pour certaines donations à des œuvres d'intérêt général (loi du 19 mars 1915).

Sous cette réserve, les pouvoirs de la femme qui lui sont confiés d'après les termes de la loi, dans l'intérêt du ménage, demeurent très étendus. Si la femme vient à en abuser, notamment « en cas de dissipation, d'imprudence ou de mauvaise gestion », la loi permet au mari de faire prononcer par le tribunal civil, statuant en chambre du Conseil, le retrait total ou partiel de ces pouvoirs, et même, en cas d'urgence, d'obtenir, en référé, du président du tribunal « l'autorisation de s'opposer aux actes que la femme se propose de passer avec un tiers ». (2).

*
**

Dans leur champ d'action respectif, le mari et la femme possèdent des pouvoirs d'administration étendus; ils en font normalement bon usage, lorsque l'entente règne entre eux. Au cours de l'instance en divorce, période d'hostilité déclarée entre les époux, le maintien de ces pouvoirs se justifie-t-il? Et s'ils sont maintenus, ne faut-il pas envisager des mesures de protection des intérêts de l'autre conjoint?

C'est l'ensemble de ces questions que nous allons examiner dans les trois sections qui suivent.

(2) L. 13 juillet 1907, art. 2, al. 1 à 3.

SECTION II

L'administration de la communauté et des biens propres des époux au cours de l'instance en divorce.

Les pouvoirs d'administration qui appartiennent au mari sur les biens communs et sur les biens de sa femme, — et à celle-ci sur ses biens réservés, doivent-ils demeurer, au cours de l'instance en divorce, tels qu'ils existent normalement? Tel est le problème que nous essaierons de résoudre dans la présente section.

Et, tout d'abord, pourquoi ce problème se pose-t-il? Pour quelle raison envisager une modification des pouvoirs respectifs d'administration des époux au cours de l'instance en divorce? A cette question, une double réponse s'impose.

I. Il semble difficile de maintenir aux époux au cours de l'instance en divorce, les pouvoirs d'administration qu'ils détiennent de leur régime matrimonial, lequel, par suite du principe de la rétroactivité, doit être considéré comme dissous à partir du jour de la demande. A l'égard des tiers, la situation est différente: jusqu'à la transcription du jugement ou de l'arrêt de divorce devenu définitif, les rapports de l'un ou de l'autre des époux, en leurs qualité d'administrateurs légaux, demeurent identiques à ceux qui existaient depuis le jour du mariage.

II. Les régimes matrimoniaux en général, et tout particulièrement, le régime de communauté, sont organisés en fonction d'époux vivant en bonne intelligence, confondant leurs intérêts personnels dans l'intérêt du ménage et des enfants. Les pouvoirs très étendus attribués au mari commun sur la communauté, et au mari dotal sur la dot mobilière de sa femme ne

constituent-ils pas le meilleur témoignage de la confiance que la loi accorde au chef de l'association conjugale?

Au cours de l'instance en divorce, la disparition totale du sentiment de l'intérêt commun entre les époux justifie à ce point de vue encore la question que nous nous étions posée: les époux conservent-ils, après le jour de la demande, les pouvoirs d'administration qui leur sont respectivement confiés par la loi?

*
**

Avant de passer à l'étude de cette question, une double remarque s'impose.

Première remarque: Bien que le problème du maintien des pouvoirs d'administration se pose à la fois pour le mari sur les biens de la communauté et sur les biens personnels de sa femme et pour cette dernière sur ses biens réservés, nous étudierons surtout les pouvoirs du mari; quelques indications rapides suffiront à déterminer la situation de la femme, au cours de l'instance sur ses biens réservés, ce régime spécial de la loi de 1907 ne recevant en pratique qu'une application assez limitée.

Deuxième remarque. C'est seulement au cours de l'instance en divorce que nous envisageons l'administration qui appartient à l'un ou à l'autre des époux:

a) Antérieurement au jour de la demande: les pouvoirs respectifs d'administration du mari et de la femme demeurent tels qu'ils ont été indiqués dans la première section de ce chapitre. Notons seulement que la femme est autorisée par la jurisprudence à demander, en vertu de l'article 143 du Code civ., l'annulation

des obligations ou des aliénations passées par le mari en fraude de ses droits, avant la première ordonnance du juge, bien que cet article ne vise que les actes frauduleux postérieurs à cette ordonnance, si elle démontre que ces obligations ou aliénations ont été contractées ou faites par le mari en prévision de l'instance qui allait s'ouvrir.

2° Postérieurement au jour du jugement définitif, le mariage se trouvant dissous dans les rapports des époux entre eux, ni le mari, ni la femme ne peuvent prétendre conserver l'administration qui leur était confiée. Cependant, la masse de biens qui constituaient la communauté conserve une certaine individualité; jusqu'au partage, elle constitue, suivant les formules très heureuses de M. Nast, une « indivision post-communautaire », semblable à celle qui existe entre l'époux survivant et les héritiers de l'époux prédécédé, une « communauté de liquidation, c'est-à-dire une indivision passive et transitoire qui n'est maintenue que pour faciliter les opérations de liquidation et jusqu'à la répartition de l'actif commun » (3).

Il est donc incontestable que postérieurement au jour où le jugement est devenu définitif, le mari et la femme perdent l'un et l'autre les pouvoirs d'administration que le régime matrimonial et la loi leur avaient confiés; les époux sont mis sur un pied de parfaite égalité vis-à-vis de la masse commune; l'époux

(3) NAST, note au D.P. 1933. 2. 20, col. 1, sous Trib. c. Seine, 21 juin 1932. — V. aussi Trib. com. St-Etienne, 12 avril 1932, D. H. 1932, 311: après la dissolution de la communauté, le mari ne peut continuer la gestion d'un fonds de commerce commun « qu'en qualité d'administrateur provisoire, c'est-à-dire de gérant, et au nom de la communauté dissoute, mais se survivant sous forme d'association de fait pour les besoins de la liquidation ».

demeuré en possession des biens à partager ne peut faire sur ces biens des actes d'administration qu'avec le consentement, tout au moins tacite, de son co-indivisaire (4).

La période dont nous allons aborder l'étude, se trouve donc limitée entre le jour de la demande et celui où le jugement ou l'arrêt de divorce devient définitif.

*
**

Avant la loi du 18 avril 1886, alors que les effets du jugement de divorce se produisaient sans rétroactivité, il était incontestable que le mari conservait, au cours de l'instance, dans toute leur plénitude, les pouvoirs d'administration que la loi lui confie sur les biens communs et sur les propres de sa femme. En fait, à moins que le tribunal n'eût ordonné, à la demande de la femme, des mesures conservatoires sur les biens communs et sur les propres de celle-ci, le mari conservait, comme par le passé, sa qualité d'administrateur légal, avec toutes ses prérogatives; ses actes d'administration ou de disposition, accomplis dans la mesure de ses pouvoirs, étaient opposables à sa femme, excepté le cas de fraude.

Ces solutions, qui ne soulevaient aucune difficulté, doivent-elles être maintenues depuis que la loi du 12 avril 1886 a attaché un effet rétroactif au jugement de divorce, dans les rapports des époux, et en ce qui con-

(4) V. BOUCHET, *Essai sur l'indivision qui suit la communauté de biens entre époux*, Thèse, Grenoble, 1931. — Cette administration « sera ordinairement confiée au notaire chargé de la liquidation ». (CAPITANT, *Rev. crit.*, 1929, p. 113.).

cerne leurs biens ? Remarquons que les mêmes difficultés relatives aux pouvoirs d'administration du mari, au cours de l'instance en divorce, se posaient dès avant la loi de 1886, en matière de séparation de corps, dans des conditions identiques (5).

La rétroactivité du jugement de divorce au jour de la demande, dans les rapports des époux et en ce qui concerne leurs biens, entraîne cette conséquence que nous avons étudiée dans le chapitre premier : le notaire doit procéder à la liquidation du régime matrimonial ayant existé entre les anciens conjoints, comme si ce régime matrimonial avait été dissous dès le jour de la demande; de plus, l'un et l'autre époux, à compter de ce jour, sont responsables de la valeur et des fruits des biens communs qui leur sont respectivement confiés.

Cependant, malgré la rétroactivité du jugement de divorce, les époux conservent, au cours de l'instance, la possession et l'administration des biens que la loi leur attribue; c'est là une nécessité sociale.

Une question divise la doctrine et la jurisprudence; c'est celle de savoir en quelle qualité les époux conservent leur administration : conservent-ils la qualité d'administrateur légal, ou bien, au contraire, doit-on les considérer comme de simples administrateurs de biens d'autrui, dans les termes du droit commun ?

La solution de cette question présente un intérêt certain, à la fois théorique et pratique : théorique, car elle permet de déterminer la portée de la rétroactivité

(5) On a vu plus haut, p. 17, que la jurisprudence avait étendu à la séparation de biens accessoire d'une séparation de corps, dans les rapports des époux entre eux, l'effet rétroactif attaché par l'article 1445, al. 2, au jugement de séparation de biens prononcé à titre principal.

du jugement de divorce; et pratique, parce que, de la qualité que l'on reconnaîtra aux époux, dépendra l'étendue des pouvoirs dont ceux-ci jouiront, au cours de l'instance, sur les biens dont la loi leur confie l'administration. On sait que les pouvoirs d'administration conférés aux époux par les règles de leur régime matrimonial sont beaucoup plus étendus que ceux reconnus par la loi à un simple administrateur de biens d'autrui.

En définitive, s'il n'est pas douteux que la rétroactivité du jugement de divorce laisse subsister les actes d'administration absolument nécessaire accomplis par l'époux à qui un bien est confié, en sera-t-il de même pour les actes qui auraient été interdits à un administrateur de biens d'autrui, mais qui sont permis à un époux administrateur en vertu des pouvoirs étendus qu'il détient du Code civil ou de lois particulières?

La détermination de la qualité que l'on attribuera à l'époux administrateur, au cours de l'instance en divorce, permettra de résoudre cette question à laquelle, dans le silence de la loi, les auteurs et la jurisprudence ont apporté des réponses souvent contradictoires.

*
**

La majorité des auteurs invoquent la rétroactivité du jugement de divorce, et attachant à la disposition de l'article 252 un effet absolu dans les rapports des époux entre eux, estiment qu'au cours de l'instance les époux, et notamment le mari, perdent leurs pouvoirs légaux, et se trouvent réduits à la situation de simples administrateurs de fait.

C'est dans ce sens que s'exprime M. Nast : « Bien que le mari conserve pendant l'instance l'administration de la communauté, et qu'il ne peut pas être privé de cette administration, la rétroactivité du divorce a pour conséquence de lui faire perdre, à dater de la demande, les pouvoirs exceptionnels qui lui sont conférés par les articles 1421 et 1422; il n'a plus que les pouvoirs d'un administrateur ordinaire et il doit rendre compte, une fois le divorce définitif, de son administration pendant l'instance, dans les termes du droit commun. La rétroactivité est en effet établie principalement dans l'intérêt de la femme; la loi n'a pas voulu que, pendant le procès en divorce, le mari pût modifier la communauté au détriment de la femme. En particulier, tout acte de disposition passé par le mari pendant l'instance, est inopposable à la femme, et peut-être aussi tout acte d'administration qui n'a pas un caractère d'urgence.

« La femme n'a d'ailleurs pas à prouver la fraude pour faire tomber l'acte, lequel lui est inopposable par le seul fait de la rétroactivité de la dissolution. Mais l'acte n'est annulé qu'à l'égard des conjoints; à l'égard des tiers, il faut que la femme prouve une collusion frauduleuse à l'égard des tiers (art. 243). En sorte que, pour les actes non frauduleux, le droit de la femme se réduit à une action en indemnité contre le mari. »(6)

Le Courtois et Surville, dans leur *Traité du Contrat de mariage*, paru en 1898, se prononçaient dans le même sens que M. Nast : Après avoir établi que, par suite de la rétroactivité du jugement de divorce, la liquidation de la communauté doit être faite, en se

(6) PLANIOL et RIPERT, Les régimes matrimoniaux, par NAST, IX, n° 682, p. 35.

reportant au jour de la demande, ces auteurs s'expriment ainsi : « Enfin, le mari n'aura conservé pendant l'instance qu'une administration de fait, limitée aux actes d'administration proprement dits. Les pouvoirs exceptionnels qui lui sont reconnus comme chef de la communauté, par les articles 1421 et 1422, disparaissent, en effet, avec cette communauté. Par conséquent, les aliénations de biens communs consenties par l'époux, ainsi que toutes les obligations qui ne sont pas la suite directe de ses pouvoirs d'administration ordinaire, sont frappés de nullité. Ceci n'est vrai qu'entre les époux (art. 252, al. dernier). A l'égard des tiers, les aliénations et obligations consenties par le mari durant l'instance en divorce restent valables, à moins qu'elles n'aient été consenties en fraude des droits de la femme. Elles peuvent, en ce cas, être révoquées en vertu des principes de l'action paulienne (271 ancien, 243 C. c.) » (7).

M. Capitant s'est également posé, dans un article récemment paru à la Revue critique, la question de savoir si le mari conserve, à compter du jour de la demande, en ce qui concerne les biens communs, dans ses rapports avec la femme, « les pouvoirs exorbitants que lui donne l'article 1421 », ou si, au contraire, il n'est plus « qu'un administrateur à pouvoirs limités, analogues à ceux que l'article 1428 lui accorde sur les biens propres de la femme, c'est-à-dire d'un mandataire légal tenu de rendre compte de son administration. » « La loi, écrit cet auteur, ne répond pas directement à cette question, mais la réponse découle de

(7) BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, II, n° 990. — Les mêmes auteurs avaient déjà exprimé la même idée, I, n° 654.

l'article 252. En effet, du moment qu'entre les époux, la communauté se dissout au jour de la demande, le mari cesse d'être, pendant l'instance, le seigneur et maître des biens communs; il faut nécessairement qu'il rende compte de sa gestion. Ainsi, il n'est pas douteux qu'il sera comptable des fruits qu'il aura perçus à dater de ce moment. Par conséquent, tout acte de disposition passé par lui durant l'instance et tout acte d'administration dépassant les besoins ordinaires sont nuls à l'égard de la femme. Toutefois, cette limitation des pouvoirs du mari est plus apparente que réelle, parce que la rétroactivité de la dissolution n'est pas opposable aux tiers avec lesquels il contracte. D'où il résulte que la femme ne peut pas faire annuler les actes qu'il a passés, sauf s'ils sont frauduleux, et n'a qu'une action en dommages-intérêts contre le mari qui a outrepassé ses pouvoirs, en réparation du préjudice qu'il lui a causé. » (8).

Tous les auteurs qui ont envisagé la question d'une manière un peu précise se sont prononcés dans le même sens (9).

Nous arrêtons ces citations déjà trop longues, mais indispensables à la détermination de la théorie des auteurs, que l'on peut formuler ainsi : Au cours de l'instance en divorce, les époux, et notamment le mari, perdent à compter du jour de la demande, par suite de la dissolution rétroactive du régime matrimonial, leurs pouvoirs respectifs d'administration, dans la mesure où ces pouvoirs dépassent ceux d'un

(8) HENRI CAPITANT, *De l'indivision qui suit la dissolution de la communauté de biens entre époux*, Rev. crit. 1929, p. 108.

(9) RODIÈRE et PONT, II, n° 868; GUILLOUARD, II, n° 1161; COLIN et CAPITANT, III, p. 165; JOSSERAND, II, n° 252, p. 134; VÉRON, *op. cit.*, p. 250 ss.

simple administrateur de biens d'autrui, et en conséquence, tout acte de disposition et même tout acte d'administration ne présentant pas un certain caractère d'urgence, est inopposable à l'autre époux, et notamment à la femme.

*
**

Examinons maintenant quelques décisions de jurisprudence relatives aux pouvoirs d'administration du mari, rendues soit en cours d'instance, soit après que le tribunal ait prononcé le divorce entre les époux.

Le plus grand nombre de décisions de jurisprudence rendues en cours d'instance et relatives aux pouvoirs d'administration du mari interviennent à l'occasion des mesures conservatoires, qu'en application de l'article 242 C. c. l'un ou l'autre des époux est autorisé à requérir sur les biens dont l'administration est confiée à son conjoint. Ces mesures conservatoires, relatives aux biens communs ou aux biens propres de la femme, ont pour résultat, dans la mesure où le juge les ordonne, de restreindre les pouvoirs d'administration de l'époux au préjudice duquel elles sont ordonnées, et de transférer ces pouvoirs soit à l'époux qui a sollicité ces mesures conservatoires, soit à un tiers.

Les mesures conservatoires que la femme peut requérir sur ses biens propres ne soulèvent pas de difficulté sérieuse. On sait que le mari administre les biens de son épouse comme un simple administrateur de biens d'autrui, qui ne s'impose pas nécessairement à la femme. Aussi, la jurisprudence n'hésite pas, dès que le mari risque de compromettre, par ses agissements, la valeur de la fortune de celle-ci, à lui retirer

une partie ou même la totalité de ses pouvoirs d'administrateur (10).

Au contraire, les mesures conservatoires relatives aux biens communs soulèvent des difficultés. Le mari administre la communauté en vertu d'une délégation légale (art. 1421 C. c.), qui est d'ordre public (art. 1388 C. c.), et qui, en conséquence, s'impose au juge. Aussi, malgré une suspicion indéniable attachée à l'administration du mari, au cours de l'instance en divorce, malgré la rétroactivité des effets du jugement à intervenir, la jurisprudence se trouve dans l'obligation de maintenir au mari les pouvoirs étendus qu'il détient du régime matrimonial qui subsiste toujours.

Et la jurisprudence trouve un argument en faveur de sa thèse dans l'article 242 du Code civil : les mesures conservatoires que prévoit cet article seraient sans aucune utilité, si le mari perdait à compter du jour de la demande, ses pouvoirs étendus d'administrateur. Toutes les fois qu'un tribunal statue sur une demande de mesures conservatoires, il prend soin de respecter expressément les droits du mari, chef de la communauté; dans de très nombreuses décisions, la jurisprudence a solennellement affirmé que le mari restait administrateur de la communauté dans les termes des articles 1421 et 1422 C. c., et qu'il ne pouvait être dépouillé d'une façon complète des pouvoirs qui lui appartiennent à ce titre (11).

Voici, par exemple, les termes d'un arrêt rendu par

(10) V. *infra*, p. 107 ss.

(11) Nous indiquerons, dans la section suivante, dans quelle mesure le mari peut être dépouillé, au moyen de mesures conservatoires requises par la femme, de ses pouvoirs sur la communauté.

la Cour de Paris, le 24 décembre 1919 (12), en matière de séparation de corps : « Considérant, en droit, que bien que la femme demanderesse en séparation de corps, ait, aux termes de l'article 242 C. c., le droit, durant l'instance, de recourir à des mesures provisoires pour la conservation de ses droits, le mari, qui, sous le régime de communauté, a seul l'administration des biens appartenant soit à la communauté, soit à la femme, ne saurait, en principe, notamment par la nomination d'un séquestre, être, même partiellement, dépouillé de son droit d'administrateur, qu'il tient de sa qualité même; que ce droit ne saurait lui être enlevé que par la décision définitive qui dissout la communauté; que l'article 242 n'infirme en rien ce principe que consacrent les dispositions des articles 1421 et 1428 du même code toujours en vigueur » De très nombreuses décisions de jurisprudence se prononcent dans le même sens que la Cour de Paris (13).

Sur un terrain tout différent de celui des mesures conservatoires, la jurisprudence a eu l'occasion d'affirmer le principe du maintien, au cours de l'instance, des pouvoirs d'administration du mari sur la communauté. Voici, par exemple, une espèce assez curieuse, qui fut soumise à l'appréciation du tribunal correctionnel de Bayeux : au cours de l'instance en séparation de corps qu'il intentait contre sa femme,

(12) Paris, 24 décembre 1919, G. P. 1920. 1. 67; V. sur cet arrêt, GAUDEMET, chronique, Rev. trim., 1920, p. 334.

(13) Voici quelques décisions rendues dans le sens de la Cour de Paris : Paris, 18 juin 1855, D. 1856. 2. 248. — Lyon, 2 janvier 1920, Rev. not., 1920, n° 18176. — Req., 2 mars 1920, D. 1921, 1. 71; Rev. not., 1920, n° 18265. — Paris, 15 juillet 1922, D. P. 1923. 2. 185, note de M. Lalou; G. P. 1922. 2. 270; G. T. 1922. 2. 626; J. N., 1923, art. 33.691. — Lyon, 30 déc. 1927, Rev. not., 1928, n° 22.518.

un mari avait fait dissimuler, avec le concours d'une dame veuve d'A..., du mobilier commun, en fraude des droits de sa femme. La veuve d'A..., à la suite de ces faits, comparut devant le tribunal correctionnel, sous la prévention de recel du mobilier commun détourné par le mari, l'épouse se constitua partie civile. Aucun doute n'existait sur le caractère intentionnel des agissements de la prévenue.

Pour que le tribunal puisse retenir à l'encontre de la veuve d'A..., le délit de recel d'objets volés, ou détournés à l'aide d'un crime ou d'un délit (prévu par les articles 380, al. 12, et 460 C. pénal), il fallait nécessairement établir que le mari ait lui-même commis le délit de vol réprimé par l'article 400 du même code. Or, le fait par le mari de détourner du mobilier commun, au cours d'une instance en divorce, ou en séparation de corps, au préjudice de sa femme, constitue-t-il le délit de vol, et permet-il une inculpation de recel ? Le tribunal répondit négativement à cette question pour les motifs suivants :

« Attendu que dans la cause on n'aperçoit pas le vol, l'abus de confiance, le crime ou délit quelconque qui, précédant l'intervention de la veuve d'A..., autoriserait l'inculpation de recel.

« ... que même après l'ordonnance de non-conciliation, le mari est, non seulement administrateur, mais seigneur et maître de la communauté, qu'il a non seulement la possession juridique du mobilier commun, ce qui exclut toute idée de vol, mais la disposition du mobilier commun, ce qui exclut toute idée d'abus de confiance; que les faits de détournement articulés contre L... (le mari) peuvent donner lieu aux appréciations les plus sévères comme aux sanctions

des articles 243, 1161 et 1477 du Code civil, mais qu'il est impossible d'y voir un crime ou un délit d'ordre pénal. » (14). Et le tribunal acquitta la prévenue et débouta la partie civile.

Quelquefois, la jurisprudence, inspirée visiblement par le souci de protéger les intérêts de la femme dans la communauté, réduit le mari, avant même le prononcé du jugement de divorce, au rôle d'un simple administrateur de biens d'autrui. C'est ainsi que la Cour de Rennes, dans un arrêt déjà ancien, a interdit à un mari, d'aliéner, en l'absence du consentement de sa femme, au cours d'une instance en séparation de corps, un fonds de commerce dépendant de la communauté; la Cour déclare nettement que, par suite de la rétroactivité au jour de la demande des effets du jugement de séparation de biens, « la femme a un droit acquis, quoique éventuel, à la moitié de ce qui composait la communauté à cette époque; que pendant la litispendance, les droits du mari, comme chef et administrateur de la communauté, sont suspendus » (15), et réduits à ceux d'un gardien judiciaire. La Cour en conclut que la vente d'un fonds de commerce commun ne pouvait être faite par le mari qu'avec le consentement de sa femme, ou l'autorisation de justice, à titre conservatoire. Et, comme en l'espèce, la femme refusait son consentement et que la vente ne présentait aucun caractère d'urgence, la Cour de Rennes refusa au mari l'autorisation d'aliénation que celui-ci sollicitait.

On peut rapprocher de l'arrêt de la Cour de Rennes la solution résultant d'une ordonnance de référé ren-

(14) Trib. corr. Bayeux, 13 février 1932, G. P. 1932. 1. 620.

(15) Rennes, 3 juillet 1841, S. 1841. 2. 547.

due le 11 avril 1935, par le président du tribunal civil de Dunkerque (16), qui, en présence du refus de la femme, a déclaré un mari non recevable à être autorisé à prélever chez un notaire des sommes dépendant de la communauté, et qui lui étaient nécessaires pour le paiement de la pension alimentaire qu'il était tenu de verser à son épouse.

Ni l'une ni l'autre de ces décisions ne sont justifiées : aucun texte ne vient restreindre, au cours de l'instance, les pouvoirs qui appartiennent au mari en qualité de chef de communauté, sur les biens communs et les propres de sa femme ; aucun texte ne lui impose d'obtenir le consentement de sa femme pour se livrer à des opérations portant sur la communauté, quelle que soit leur gravité. Et comment justifier, à la suite de la Cour de Rennes, par la rétroactivité du jugement à intervenir, la suspension des pouvoirs du mari pendant la litispendance, alors que le jugement de divorce ou de séparation de corps n'a pas encore été rendu ?

Ces décisions demeurent exceptionnelles et ne font que confirmer la règle de la jurisprudence, suivant laquelle le mari conserve, au cours de l'instance en divorce (sauf mesures conservatoires requises par la femme), la totalité de ses pouvoirs sur les biens communs et sur les propres de sa femme.

Ainsi en est-il tout au moins lorsque l'étendue des pouvoirs du mari doit être appréciée par le juge, avant le prononcé du jugement. Dans le cas contraire, c'est-à-dire lorsque le jugement de divorce est intervenu et est devenu définitif, il est évident que les

(16) Trib. c. Dunkerque (référés), 11 avril 1935, G. T. 31 mai-1^{er} juin 1935.

tribunaux qui doivent déterminer l'étendue des pouvoirs qu'a possédés le mari pendant la litispendance, ne peuvent plus dire que le mari a continué à administrer la communauté en vertu des articles 1421, 1422 et 1428, puisque la date de la dissolution de la communauté doit être reportée au jour de la demande.

C'est dans ces conditions que la Cour d'Aix a pu déclarer : « dès lors que l'association entre les époux a cessé d'exister, leurs intérêts sont distincts et le mari ne saurait conserver les pouvoirs excessifs que l'union intime du ménage pouvait justifier, et que l'opposition des droits rendrait désormais dangereux ; par suite, si le mari conserve en fait l'administration des biens qui peuvent être indivis, mais qui ne sont plus communs, il n'est plus dès lors, pour ce qui reviendra à sa femme, qu'un gérant responsable, qui doit rendre compte de son administration d'après les règles générales du droit » (17). Et la Cour de cassation, appliquant les mêmes principes que la Cour d'Aix, a jugé qu'un mari qui avait aliéné, en cours d'instance, un fonds de commerce commun, n'était qu'« administrateur de l'indivision » (18).

*
**

De cet exposé nécessairement assez confus, il importe maintenant de dégager la réponse à la question que nous nous étions posée au début de cette Section : les époux conservent-ils, pendant l'instance, les pouvoirs d'administration qui leur sont respectivement

(17) Aix, 10 mai 1906, S. 1908. 2. 61.

(18) Civ., 10 mai 1933, D.H. 1933. 361; G.P. 1933. 2. 260; G.P. 1933. 1. 12; V. sur cet arrêt, LAGARDE, chronique, Rev. trim. 1933, p. 868.

confiés par le Code civil ou par la loi ? Une distinction s'impose, conséquence du principe de la rétroactivité des effets du jugement de divorce dans les rapports des époux entre eux.

Considérons d'abord la situation du mari commun en biens, et ses pouvoirs sur les biens communs.

Pendant l'instance, c'est-à-dire après le jour de l'assignation, mais avant le jugement de divorce, le mari, chef de communauté, conserve sur les biens communs tous les pouvoirs que lui confèrent les articles 1421 et 1422, et il est même impossible de les lui retirer, d'une manière complète tout au moins. La doctrine et la jurisprudence sont, sur ce point, entièrement d'accord.

Lorsque le jugement ou l'arrêt de divorce est intervenu et devenu définitif, les pouvoirs d'administration qu'a possédés le mari, pendant la litispendance, doivent être appréciés en tenant compte de la rétroactivité des effets de la décision qui a été rendue. De cette rétroactivité, on conclut qu'à dater du jour de la demande, le mari perd les pouvoirs étendus d'administration que lui confèrent les articles 1421 et 1422, et que, administrateur responsable, il doit rendre compte de sa gestion dans les termes du droit commun.

Cette seconde proposition est indiscutable : nous l'avons établi dans le chapitre premier.

La première, au contraire, demande quelques précisions. Lorsque le jugement est intervenu, il est évident que l'on doit considérer le mari comme ayant perdu, au cours de l'instance, la qualité de chef de la communauté, rétroactivement dissoute. Les auteurs, ainsi que nous l'avons vu précédemment, en déduisent que « tout acte de disposition passé par le

mari pendant l'instance, est inopposable à la femme, et peut-être aussi tout acte d'administration qui n'a pas un caractère d'urgence » (19) ; ils estiment que la femme n'a même pas à prouver, à l'égard de son mari seulement, le caractère frauduleux de l'acte qui se trouve frappé de nullité par le seul fait de la rétroactivité.

Nous ne croyons pas devoir nous ranger à l'opinion de la doctrine. Nous estimons qu'en principe, les actes passés sur les biens communs en cours d'instance par le mari, qui, en fait tout au moins, est demeuré administrateur de la communauté, sont opposables à la femme. Pourquoi reprocher au mari, même en se basant sur le principe de la rétroactivité relative des effets du jugement de divorce, des actes d'administration ou d'aliénation qu'il a accomplis en cours d'instance, en vertu de pouvoirs dont il ne pouvait être dépossédé ?

A notre avis, il paraît préférable, dans l'état actuel de la législation, de rendre opposable à la femme tous les actes d'administration ou d'aliénation accomplis au cours de l'instance par le mari, à condition toutefois que celui-ci n'ait en rien porté préjudice aux intérêts de la femme sur la communauté ; mais nous refusons d'admettre que, par principe, l'activité du mari sur la communauté au cours de l'instance, doive être considérée comme ayant été dirigée contre la femme.

Après la dissolution de la communauté, la femme doit apprécier la gestion du mari au cours de la litispendance ; elle se trouve alors en présence d'actes qui, ou bien ne lui ont pas causé de préjudice, ou bien

(19) NAST, pass. cité, *supra*, p. 75.

au contraire, ont diminué la valeur de la communauté. Dans la première hypothèse, les actes du mari sont opposables à la femme, même s'ils dépassent les pouvoirs d'un simple administrateur de biens d'autrui. Dans la seconde, au contraire, une distinction s'impose entre les actes frauduleux et ceux qui, accomplis sans intention frauduleuse, ont néanmoins occasionné un préjudice à la femme.

Des premiers, nous nous contenterons de dire actuellement que la femme pourra, dans des conditions qui seront établies ultérieurement, et notamment en établissant la complicité du tiers, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, en obtenir l'annulation; si la femme ne peut établir la complicité du tiers, ou, s'il s'agit de détériorations matérielles, par exemple, elle aura droit à une indemnité.

Quant aux actes simplement préjudiciables, la femme pourra, en réparation, les tenir pour non avenus, et, au besoin, obtenir de son mari une indemnité de valeur égale au préjudice par elle subi.

C'est en application de ce principe d'opposabilité à la femme des actes accomplis par le mari pendant la litispendance, en vertu des pouvoirs étendus que lui confèrent les articles 1421 et 1422 C. c., que la jurisprudence se refuse, même après le prononcé du divorce, à annuler des actes graves, dépassant le cadre des pouvoirs d'un administrateur de biens d'autrui, et ne présentant aucun caractère d'urgence, s'il n'en est résulté aucun préjudice pour la femme (20), si

(20) V. par exemple, Req., 18 nov. 1935, Sem. Jur., 1936, p. 89. — Trib. com. Lyon, 5 avril 1921, Rev. not. 1922, n° 19.123 (sommaire); Gaz. Jur. et Com., Lyon, 1921, p. 706. — Paris, 15 juillet 1922, D.P. 1923. 2. 185, et la note de M. Lalou; G.P., 1922. 2. 270; G. P., 1922.. 2. 626; J. N., 1923, art. 33.691.

par exemple, la vente de l'immeuble commun a eu lieu aux enchères, et si l'acquéreur a consigné le prix.

Les notaires ont fréquemment l'occasion de procéder à des ventes de fonds de commerce communs en cours d'instance ; ils doivent s'assurer du caractère normal de l'opération, vérifier si le prix correspond à la valeur réelle du fonds, et consigner ce prix jusqu'au partage de la communauté.

Nous admettons également que le mari conserve le droit, en cours d'instance, d'hypothéquer un immeuble commun, dans l'intérêt de la masse : pour garantir par exemple une dette grevant la communauté. Mais si la constitution d'hypothèque n'avait d'autre but que de préjudicier à la femme, celle-ci pourrait en obtenir l'annulation, ou la condamnation du mari à lui payer une indemnité.

La jurisprudence entend assurer le respect des biens de la femme en exigeant du mari, lors de la liquidation, un compte d'administration détaillé du capital et des fruits des biens qui lui étaient confiés, et la justification du chiffre des dépenses qu'il soutient avoir effectuées dans l'intérêt de la communauté (21).

Les solutions relatives à l'administration du mari sur la communauté sont également applicables à l'administration du mari sur les biens personnels de la femme: biens propres, sous les régimes de communauté ou exclusifs de communauté, biens dotaux sous le régime dotal. Le mari conserve, au cours de l'instance, les pouvoirs d'administration qui lui sont nor-

(21) Bordeaux, 16 avril 1896, D. 1899. 2. 385, et la note signée L. B.

malement confiés, et les actes qu'il fait dans la limite de ses pouvoirs sont opposables à la femme, sauf préjudice ou fraude pour celle-ci.

La jurisprudence oblige le mari à respecter les intérêts de son épouse. C'est ainsi que la Cour de Riom (22) a annulé le bail d'un immeuble dotal de la femme (un moulin, en l'espèce), passé par le mari au cours d'une instance en séparation de corps, dont le prix était normal et ne portait pas préjudice à la femme, mais par lequel le mari avait voulu empêcher sa femme et ses enfants « d'employer leur temps et leur industrie à l'exploitation du moulin dont il s'agit », et « d'une partie du bénéfice de cette exploitation pour les faire passer à un fermier étranger ». Cet arrêt, parfaitement conforme aux intérêts de la femme, doit être approuvé, car un acte frauduleux n'est jamais licite.

S'inspirant des mêmes principes que la Cour de Riom, le tribunal civil de Valence a jugé, assez récemment (23), qu'une femme, mariée sous le régime de la communauté, avait qualité pour poursuivre, tant contre son mari que contre le complice de celui-ci et comme fait en fraude de ses droits, la nullité du bail d'un de ses immeubles propres, consenti à vil prix par le mari, quelques jours avant les débuts de l'instance en divorce, « alors que les époux étaient séparés de fait... à un moment suspect de l'administration du mari ».

Ajoutons enfin que, de son côté, la femme conserve, au cours de l'instance, l'administration de ses biens

(22) Riom, 20 février 1826, Dalloz, J. G., v° Contrat de mariage, p. 402, en note: 1^{re} espèce.

(23) Trib. c. Valence, 9 juin 1925, G.P. 1925. 2. 357.

réservés; sous le régime de communauté, elle devra, lors de la liquidation, si elle accepte, rendre compte au mari de leur valeur au jour de la demande, et des revenus produits par ces biens au cours de l'instance.

*
**

Et maintenant, il faut conclure : Au cours de l'instance, le mari et la femme conservent les pouvoirs d'administration qui leur sont respectivement confiés par la loi. La rétroactivité du jugement ou de l'arrêt de divorce devenu définitif a pour effet de contraindre l'époux administrateur, après la dissolution du régime matrimonial, à restituer les biens dont il a conservé l'administration, dans l'état où ils se trouvaient au jour de la demande, en nature ou tout au moins en valeur, ainsi que les fruits de ces biens, récoltés ou échus au cours de la litispendance.

On se rappelle que le législateur a institué la rétroactivité du jugement ou de l'arrêt de divorce dans le but « d'enlever aux époux la faculté de modifier, en ce qui les concerne, le patrimoine de la communauté, en avançant ou en retardant, suivant certaines combinaisons, le moment où la décision du juge sera définitive » (24).

Ce but a-t-il été atteint ? Nous ne le croyons pas, ou seulement d'une manière très imparfaite, puisque le mari conserve, au cours de l'instance, ses pouvoirs étendus d'administration et de disposition; le droit de la femme se réduit, lors de la liquidation, en cas de malversations ou de négligences du mari sur la communauté, à un recours souvent illusoire, contre celui-

(24) V. *supra*, p. 20.

ci, qui n'aura pas manqué de faire disparaître sa fortune personnelle.

Aussi, le législateur, pour assurer la protection des intérêts de la femme, lui avait-il permis, avant même d'attacher un effet rétroactif au jugement de divorce, ou bien de prévenir les agissements frauduleux de son mari en sollicitant des mesures conservatoires, ou bien d'en réparer les néfastes conséquences en demandant l'annulation de ces actes frauduleux.

C'est à l'étude de ces mesures de protection que sont consacrées les deux dernières sections de ce chapitre.

SECTION III

Etude des mesures conservatoires susceptibles d'être requises au cours de l'instance en divorce, par l'un des époux sur les biens dont son conjoint a l'administration.

Le maintien au cours de l'instance en divorce des règles des régimes matrimoniaux concernant l'administration des biens communs et des biens personnels de la femme présentent pour celui des deux époux dont les biens sont administrés par son conjoint, des dangers réels, en proportion de l'inimitié des époux entre eux et des pouvoirs de l'époux administrateur.

Pour prévenir ces dangers, les rédacteurs du Code civil autorisèrent la femme à requérir l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté (art. 270). Prévus pour le divorce, cette disposition (comme du reste celle de l'ancien article 271 concer-

nant les obligations et aliénations frauduleuses), ne fut pas expressément abolie par la loi du 8 mai 1816 et continua d'être appliquée au cours du XIX^e siècle par les époux en instance de séparation de corps; remise en vigueur en 1884, elle constitue depuis la loi du 18 avril 1886 qui la modifia, l'article 242 du Code civil.

Nous examinerons dans un premier paragraphe dans quelles conditions, les mesures conservatoires peuvent être requises par les époux, et dans un second, nous étudierons les mesures conservatoires elles-mêmes, dans la mesure où elles restreignent les pouvoirs d'administration appartenant à l'un et à l'autre époux.

§ 1. — CONDITIONS DANS LESQUELLES DOIVENT ETRE REQUISES LES MESURES CONSERVATOIRES

Dans la réglementation primitive du Code civil c'était à la femme seule qu'était reconnu le droit de solliciter des mesures conservatoires; le nouvel article 242 (1), (rédaction de la loi de 1886), accorde, au con-

(25) Article 242: L'un ou l'autre des époux peut, dès la première ordonnance, et sur l'autorisation du juge, donnée à charge d'en référer, prendre pour la garantie de ses droits des mesures conservatoires, notamment requérir l'apposition des scellés sur les biens de la communauté.

Le même droit appartient à la femme, même non commune, pour la conservation de ceux de ses biens dont son mari a l'administration ou la jouissance.

Les scellés sont levés à la requête de la partie la plus diligente; les objets et valeurs sont inventoriés et prisés; l'époux qui est en possession en est constitué gardien judiciaire, à moins qu'il n'en soit décidé autrement.

Article 271 (abrogé par la loi du 18 avril 1886) : La femme

traire, à l'un ou à l'autre époux, la faculté de prendre des mesures conservatoires sur les biens de la communauté, et à la femme, même non commune, pour la conservation de ceux de ses biens dont son mari a l'administration ou la jouissance. Les mesures conservatoires sur la communauté, sont destinées à être requises principalement par la femme, mais peuvent être utilisées aussi par le mari, sur les biens communs se trouvant en possession de la femme et sur les biens réservés de celle-ci.

Les mesures conservatoires peuvent être prises « dès la première ordonnance, c'est-à-dire dès les premières escarmouches judiciaires du conflit conjugal et sur l'autorisation du juge donnée à charge d'en référer », entendons par là, à charge de revenir en cas de difficulté devant l'autorité qui les a ordonnées et qui est le plus souvent, le magistral conciliateur ou le président du tribunal statuant en référé. Les époux possèdent néanmoins le droit de solliciter des mesures conservatoires en tout état de cause du tribunal ou de la Cour d'Appel.

Le contrôle de la justice est obligatoire; il est imposé par la nécessité de sauvegarder les intérêts des époux, et d'éviter que les mesures conservatoires ne dégénèrent, de la part de celui qui les sollicite, en procédés vexatoires pour l'autre conjoint.

Ce contrôle doit être préalable, en principe tout au

commune en biens, demanderesse ou défenderesse en divorce, pourra, en tout état de cause, à partir de la date de l'ordonnance dont il est fait mention en l'article 238, requérir, pour la conservation de ses droits, l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté. Ces scellés ne seront levés qu'en faisant inventaire avec prise, et à la charge, par le mari, de représenter les choses inventoriées ou de répondre de leur valeur comme gardien judiciaire.

moins. Par exception, dans l'intérêt de la femme, la Cour de cassation a admis que la défense faite par une femme à un tiers de se dessaisir d'un meuble commun, que le mari avait volontairement omis de faire figurer sur l'inventaire, devait être considérée comme valable, si cette opposition qui n'avait pas été au préalable ordonnée par la justice, avait été postérieurement autorisée et de ce fait, rétroactivement validée (26).

En dehors de circonstances d'espèce de ce genre, où l'action rapide de la femme est rendue nécessaire par la tentative de fraude du mari, l'époux demandeur de mesures conservatoires doit toujours solliciter l'autorisation de la justice; et il a été jugé (27), que la femme ne saurait invoquer, pour se soustraire à cette obligation, l'article 238 C.C. qui l'autorise « à faire toutes procédures pour la conservation de ses droits, et à ester en justice jusqu'à la fin de l'instance et des opérations qui en sont la suite ». De ce texte, il faut conclure que la femme n'a pas besoin de l'autorisation maritale pour demander l'autorisation de prendre une mesure conservatoire, une saisie-arrêt par exemple, mais qu'elle n'en reste pas moins obligée « de se conformer aux formes et modes de procédure exigés par la loi pour les divers actes qu'elle veut accomplir, notamment de solliciter, à défaut de titre, l'autorisation du magistrat compétent à l'effet de faire pratiquer une saisie arrêt ».

(26) Req. 24 juillet 1933, S. 1933. 1. 385.

(27) Aix (Ch. des référés), 5 juillet 1933, Sem. Jur. 1933, n. 1068.

§ 2. — DES PRINCIPALES MESURES CONSERVATOIRES, ENVISAGÉES DANS LA MESURE OU ELLES RESTREIGNENT LES POUVOIRS D'ADMINISTRATION APPARTENANT A L'UN OU A L'AUTRE DES EPOUX.

L'article 270 C. C. ne permettait pas à la femme de demander qu'une seule mesure conservatoire: l'apposition des scellés sur les effets mobiliers de la communauté, suivie d'un inventaire, et de la constitution du mari comme gardien judiciaire des meubles inventoriés. Malgré les termes restrictifs de l'article 270, la jurisprudence étendant à la femme en instance de séparation de corps la disposition de l'article 869 C.P. C. qui permet à la femme en instance de séparation de biens de requérir du tribunal des « actes conservatoires », autorisait la femme à prendre des mesures conservatoires autres que l'apposition des scellés, telles qu'une saisie-arrêt (28), ou la constitution d'un séquestre sur certains biens communs (28 bis).

La loi du 18 avril 1886 vint consacrer ces innovations jurisprudentielles. Aux termes de l'articles 242, l'un ou l'autre des époux est autorisé à prendre « des mesures conservatoires, notamment requérir l'apposition des scellés sur les biens de la communauté. » Cette mesure n'est indiquée qu'à titre d'exemple; le législateur a voulu permettre aux époux de choisir, sous le contrôle de la justice, la mesure conservatoire

(28) Req., 14 mars 1855, S. 1856. 1. 655. — Paris, 2 mars 1886, S. 1886. 1. 161, et la note.

(28 bis) Douai, 6 avril 1853, D. 1856. 2. 145. — Trib. civ. Seine (référé), 21 septembre 1870, et sur appel, Paris 4 août 1871, D. 1873. 2. 21. — Poitiers, 25 février 1878, D. 1879. 2. 68: dans cette espèce, la Cour avait autorisé la femme en instance de séparation de corps à garder seule un fonds de commerce commun établi dans un immeuble dépendant de la communauté.

correspondant le mieux à la solution du problème posé par chaque espèce particulière. La pratique n'a pas manqué de profiter de la liberté d'action qui lui était réservée.

Bien que le législateur de 1886 ait laissé à l'un et à l'autre époux la faculté de prendre des mesures conservatoires, c'est presque exclusivement la femme qui, d'abord, en profita; le mari ne pouvait utiliser cette faculté que dans l'hypothèse où il se trouvait séparé de sa femme demeurée en possession de meubles communs.

Cette situation respective de la femme et du mari se trouve modifiée depuis que la loi du 13 juillet 1907 a permis à la femme exerçant une profession distincte de celle de son mari de se constituer des biens réservés, avec le produit de son travail et les économies en provenant, et lui a confié l'administration de ces biens réservés, qui dépendent de la communauté. On peut donc désormais concevoir qu'un mari commun en biens prenne des mesures conservatoires sur les biens réservés de sa femme.

En conséquence de cette dualité d'administration, nous envisageons donc successivement les mesures conservatoires qui peuvent être prises par la femme, sur les biens dont le mari a la jouissance, — et par le mari, sur les biens réservés de la femme, en consacrant à cette double série de mesures, des développements de très inégale étendue.

I. — Mesures conservatoires requises par la femme sur les biens dont le mari a l'administration ou la jouissance. — Ces mesures portent sur les biens communs, sur les biens personnels de la femme (lorsque le régime matrimonial confie au mari l'administra-

tion de ces biens), et même sur les biens propres du mari.

A. — Mesures conservatoires requises par la femme sur les biens de la communauté.

Ce sont celles qui présentent le plus d'importance: en droit, car les pouvoirs étendus dont le mari dispose sur la communauté sont d'autant plus dangereux pour la femme, — et en fait, parce que les Français, ainsi que nous l'avons vu au début de cette étude, sont, pour le plus grand nombre, mariés sous le régime de la communauté, et qui mieux est, sous le régime de la communauté légale, sous lequel presque tous les biens des époux sont communs.

La diversité des circonstances de fait a conduit la jurisprudence, à qui l'article 242 avait laissé toute liberté sur ce point, à ordonner au profit de la femme, des mesures conservatoires très variées. Dans chaque cas qui lui est soumis, le juge doit, avant d'ordonner la mesure demandée, examiner avec soin toutes les circonstances de l'espèce: valeur morale et capacité professionnelle du mari, situation sociale des époux, nature et importance des intérêts à sauvegarder, — et surtout, ne pas dépouiller totalement le mari de l'ensemble de ses pouvoirs sur la communauté: nous reviendrons du reste sur ce dernier point.

Les mesures conservatoires que la femme a la faculté de requérir sur les biens communs peuvent être classés en deux groupes, d'après l'étendue de la restriction qu'elles apportent aux pouvoirs du mari: les unes restreignent le pouvoir d'aliénation, mais laissent subsister le pouvoir d'administration; les autres, plus complètes, enlèvent à la fois au mari, l'administration et l'aliénation des biens communs.

Dans le premier groupe, nous rangerons la constitution d'un gardien judiciaire sur les meubles communs, et une mesure spéciale à l'Alsace-Lorraine, la prénotation sur les registres fonciers du droit éventuel de partage appartenant à la femme sur les biens communs.

1° Apposition des scellés sur les meubles communs, inventaire et constitution d'un gardien judiciaire.

Dès la première ordonnance, la femme peut demander au juge l'autorisation de faire apposer les scellés sur le mobilier de la communauté.

Les scellés sont apposés, puis levés par le juge de paix de l'arrondissement dans lequel est situé le domicile conjugal, en présence du notaire des époux qui dresse un inventaire, sur lequel doivent figurer, en plus des meubles communs, les titres papiers intéressant la situation active et passive de la communauté (29), et au contraire, doivent en être exclus, tous les documents (notes, lettres, missives, papiers de toute nature) constituant la propriété personnelle de l'un ou de l'autre des époux, sans rapport avec la liquidation éventuelle de la communauté (30).

(29) Trib. c. Rouen (référés), 15 mai 1926, G.P. 1926. 2. 454 : doit être compris dans l'inventaire, l'agenda sur lequel le mari, docteur en médecine, inscrivait les visites journalières des clients qu'il recevait et le prix de ces visites.

(30) Dans ce sens, Paris, 2 mars 1886, S. 1886. 2. 161. — Le droit qu'a la femme d'apposer les scellés sur les biens de la communauté ne peut porter préjudice aux tiers; il lui est interdit notamment de prendre cette mesure au domicile des tiers sur des biens qu'elle prétend appartenir à la communauté; ou sur les biens d'une société en nom collectif dont fait partie le mari, car ces biens sont la propriété de la société considérée comme être moral et non pas des associés personnellement, à moins que la constitution de la société n'ait eu pour but que de soustraire aux investigations de la femme une partie de l'actif commun : dans cette hypothèse,

L'époux se trouvant en possession des biens au moment de l'inventaire, est constitué gardien judiciaire, « à moins qu'il n'en soit décidé autrement », déclare l'article 242. Avant la loi du 18 avril 1886, le gardien judiciaire ne pouvait être que le mari; il était alors impossible de concevoir que le mari puisse être déposé de l'administration de la communauté. « Aucune loi, disait un arrêt de la Cour de Paris en date du 2 mars 1886 (31), n'autorise à prononcer contre lui, par cela seul que sa femme requiert l'apposition des scellés et l'inventaire en vertu de l'article 270, cette sorte de déchéance, qui est essentiellement contraire aux principes juridiques sur lesquels l'autorité maritale repose ». Malgré les principes auxquels se référait la Cour de Paris, le législateur de 1886 n'a pas hésité, pour renforcer la protection des intérêts de la femme, à autoriser la constitution d'un gardien judiciaire autre que le mari, qui peut être, ainsi que nous le verrons ultérieurement, la femme ou un tiers séquestre.

L'époux gardien judiciaire est soumis aux obligations générales de l'article 1362 C. C.: il doit conserver les biens confiés à sa garde, en y apportant les soins d'un bon père de famille, et les représenter en nature lors de la liquidation de la communauté. Tout

le juge peut ordonner l'apposition des scellés et la constitution d'un gardien judiciaire, sur les meubles de la société dont fait partie le mari, la mesure ordonnée, purement conservatoire, ne pouvant préjudicier aux droits de la société et du mari, relativement aux meubles inventoriés. Dans ce sens: Angers, 21 mars 1934, D.H. 1934. 323; G.P. 1934. 1. 877; Rev. not., 1935, n° 25.865; Sem. Jur., 1934, p. 876, et sur cet arrêt, Chronique de M. LAGARDE, Rev. trim., 1934, p. 600.

(31) Paris, 2 mars 1886, précité.

acte de disposition lui est en principe formellement interdit.

Lorsque c'est le mari qui est constitué gardien judiciaire des meubles communs, les pouvoirs que lui confèrent les articles 1421 et 1422 sur la communauté se trouvent considérablement réduits. Sans doute, conserve-t-il le titre d'administrateur légal, mais dans la mesure seulement où ce titre est conciliable avec celui de gardien judiciaire. C'est ce qu'a fort bien exprimé le tribunal correctionnel de Cambrai, dans un jugement en date du 28 octobre 1925 (32). « En acceptant le titre de séquestre (des effets de la communauté) et en mutant ainsi le titre de sa possession, le mari s'est interdit d'user de la faculté que lui concèdent les articles 1421 et 1422 C. C.; ce faisant, il ne renonce du reste qu'à l'exercice de la partie de son droit qui serait incompatible avec sa situation nouvelle et conserve toujours sur les biens communs les pouvoirs d'un administrateur; ainsi, il pourrait encore disposer des objets confiés à sa garde s'il justifiait qu'en raison de leur nature, l'acte accompli par lui pouvait être considéré comme un acte de bonne administration qu'il était dans l'intérêt de son conjoint de laisser accomplir ». Ce jugement doit être entièrement approuvé: il respecte le principe de la suprématie du mari, mais ne lui laisse pas, en fait, plus de pouvoirs qu'à un simple gardien judiciaire. En cas de nécessité de l'aliénation en raison de l'utilité ou de l'urgence, certains auteurs exigent le consentement de la femme ou l'autorisation de justice.

(32) Trib. corr. Cambrai, 28 octobre 1925, Rev. not. 1926, n° 21.015.

Si le mari, constitué gardien judiciaire, détourne frauduleusement les effets inventoriés, la jurisprudence (33) lui applique les peines prévues par les articles 400 et 406 du C. pénal pour le détournement d'objets saisis (et par extension, de tous objets placés sous main de justice), sans lui permettre de se prévaloir de l'immunité accordée par l'article 380 du même Code, aux maris ayant commis des soustractions au préjudice de leurs femmes. Ces sanctions pénales constituent une garantie très sûre contre la disparition frauduleuse des effets inventoriés.

2° De la constitution d'un gardien judiciaire sur les meubles communs, il y a lieu de rapprocher une mesure conservatoire concernant les immeubles communs, spéciale à l'Alsace-Lorraine, qui, comme celle-là, laisse au mari le pouvoir d'administration, mais lui enlève le pouvoir d'aliénation. C'est la prénotation sur les registres fonciers du droit éventuel de partage de la communauté, qui appartient à la femme.

En Alsace-Lorraine, la publicité des droits réels immobiliers est assurée par des livres fonciers, tenus au tribunal cantonal de la situation des biens, et sur lesquels sont inscrits, d'après les dispositions de l'article 38 de la loi du 1^{er} juin 1924 (34), la propriété immobilière, quel que soit son mode d'acquisition (alinéa *a*), « les restrictions au droit de disposer insérées dans un acte d'aliénation ou découlant de tous autres actes... »

(33) Lyon, 10 mai 1865, S. 1865. 2. 228. — Crim., 13 août 1869, D. 1870. 1. 92. — Douai, 20 février 1899, D. 1899. 2. 182. — Trib. corr. Cambrai, 28 octobre 1925, précité. — Paris, 23 janvier 1935, G.P. 1935. 1. 607. — Dans le même sens: DUCAMP, *op. cit.*, p. 92. — VÉRON, *Les actes accomplis par le mari sur les biens de la communauté en fraude des droits de la femme*, Thèse, Paris, 1924, p. 249.

(34) L. 1^{er} juin 1924, D. 1924. 4. 285.

ainsi que celles résultant... de toutes autres décisions judiciaires (alinéa f) ». De plus, l'art. 39 de la même loi dispose que « une prénotation peut être inscrite avec le consentement des intéressés ou en vertu d'une décision judiciaire, dans le but d'assurer à l'un des droits énumérés à l'article précédent, son rang d'inscription ou de garantie l'efficacité d'une rectification ultérieure ». La prénotation diffère de l'inscription définitive prévue par l'article 38 en ce qu'elle porte, non pas sur un droit immobilier né et actuel, mais au contraire sur un droit éventuel et conditionnel qui, de ce fait, devient opposable aux tiers.

Une femme en instance de divorce pourrait-elle, se basant d'une part sur l'article 242 C. C., et d'autre part sur les articles 38 f. et 39 de la loi du 1^{er} juin 1924, demander à la justice de faire défense à son mari de disposer des immeubles communs situés dans les départements recouvrés et de l'autoriser à prendre l'inscription de cette défense, sous forme d'une prénotation sur le livre foncier, en garantie de ses droits dans la communauté d'entre elle et son mari?

La Cour de Colmar (Chambre détachée à Metz), devant laquelle cette question a été soulevée, l'a résolue par l'affirmative, dans un arrêt en date du 21 janvier 1930 (35) qui satisfait les principes en la matière et assure efficacement la protection des intérêts de la femme.

Après avoir constaté qu'en se basant sur l'article 242 C. C., le juge a la faculté, pour la garantie des

(35) Colmar (Ch. détachée à Metz), 21 janvier 1930, D.P. 1930. 2. 182, et la note de M. NAST, Rev. Jur. d'Als.-Lorraine, avril 1930, p. 212, avec la note de M^e DEGAND. (Il s'agissait dans cette espèce, d'une instance en séparation de corps.)

droits de l'un ou de l'autre des époux, et notamment de ceux de la femme, d'ordonner non seulement l'apposition des scellés sur les effets de la communauté et la constitution d'un gardien judiciaire, mais même, dans des cas exceptionnels, la nomination d'un séquestre ayant pouvoir d'administrer les biens propres de la femme et ceux de la communauté, la Cour conclut qu'*a fortiori*, le juge a la possibilité de limiter la mesure conservatoire sollicitée par la femme, à l'interdiction d'aliéner ou d'hypothéquer l'immeuble commun sans le concours de la femme, tout en laissant au mari le droit de faire tous actes d'administration courante utiles, — et que tel était bien le résultat de la prénotation sur le livre foncier de l'interdiction judiciaire faite au mari d'aliéner les immeubles communs.

Le mari contestait à un double point de vue l'utilité de la prénotation eu égard aux intérêts de la femme. Et tout d'abord, il prétendait que la prénotation ne pouvait présenter aucune utilité pour la femme dont les intérêts se trouvaient suffisamment protégés par son hypothèque légale qui, lors de la liquidation, en cas d'aliénation de l'immeuble lui garantirait le recouvrement du droit de créance qu'elle pourrait avoir contre son mari. La Cour de Colmar répondit avec justesse à cette objection, en faisant remarquer que pour la femme, il valait bien mieux exercer lors de la liquidation un droit réel de propriété plutôt qu'un droit de créance.

La seconde objection du mari était la suivante: se retranchant derrière l'article 243, il observait que toute aliénation par lui faite postérieurement à l'ordonnance prévue par l'article 235 serait entachée de

nullité, s'il était établi qu'elle avait été contractée en fraude des droits de son épouse.

Cette objection n'a pas plus de valeur que la précédente. Les aliénations frauduleuses du mari en cours d'instance et à titre onéreux, ne peuvent être annulées que si la femme rapporte la preuve de la fraude de celui-ci et aussi de celle du tiers co-contratant. Or, la prénotation a précisément pour résultat, en cas d'aliénation d'un immeuble commun au cours de l'instance, de dispenser la femme de rapporter la preuve de la fraude du mari qui a violé la défense à lui faite, et surtout du tiers, averti de cette défense par la prénotation.

L'intérêt de la prénotation pour les intérêts de la femme est, dans ces conditions, incontestable, et la solution de la Cour de Colmar doit être entièrement approuvée (36); elle protège d'une manière efficace les intérêts à venir de la femme sur la communauté, en interdisant au mari, d'une façon presque absolue, de disposer des immeubles communs, et par ailleurs, respecte les pouvoirs accordés à celui-ci par l'article 1421, en lui laissant le droit d'administrer les immeubles faisant l'objet de la prénotation.

(36) V. dans ce sens: NAST, note précitée; REISACHER, *Les restrictions au droit de disposer relatives au régime foncier en Alsace-Lorraine*, Thèse, Strasbourg, 1933, p. 92. Cet auteur remarque que la défense faite au mari par le juge d'aliéner l'immeuble commun au cours de l'instance, aurait dû faire l'objet, non pas d'une prénotation (art. 39), mais d'une inscription ferme (art. 38 f), car, en l'espèce, il ne s'agissait pas seulement de « sauvegarder l'exercice éventuel des droits de la femme lors de la liquidation de la communauté », mais aussi d'assurer la publicité d'une défense existant « dès à présent et pendant tout le temps de l'instance, indépendamment d'une action ultérieure dont elle assurerait l'efficacité », ce qui justifiait la prise d'une inscription ferme. La solution de M. Reisacher paraît plus conforme au texte de la loi du 1^{er} juin 1926, que celle de la Cour de Colmar.

On peut d'autant plus regretter que le régime d'Alsace-Lorraine n'existe pas en France qu'un régime analogue avait été prévu lors des travaux préparatoires du Code civil au bénéfice de la femme en instance de divorce.

La section de législation du Tribunat, discutant, dans sa séance du 26 fructidor an X (37), la question des pouvoirs du mari au cours de l'instance en divorce, voulait interdire au mari, pendant la litispendance les aliénations d'immeubles communs sans le consentement de la femme ou l'autorisation de justice et proposait le texte suivant: « Toute obligation ou toute aliénation contractée malgré cette prohibition ne produira aucun effet à l'égard de la femme, pourvu toutefois, audit cas d'aliénation d'immeubles, qu'elle ait formé au bureau des hypothèques de leur situation une inscription conservatoire de ses droits dans la communauté. » A l'égard des tiers, la nullité de l'aliénation n'aurait pu être prononcée « qu'autant que la femme aurait fait au bureau des hypothèques une inscription indéterminée pour ses droits ». C'est exactement le même but, le même procédé et le même résultat que ceux du système d'Alsace-Lorraine.

Il faut espérer qu'en procédant à la révision générale des droits réels immobiliers et de leur publicité, le législateur s'inspirera des dispositions prévues par le Tribunat, et réalisées en Alsace-Lorraine.

Le deuxième groupe de mesures conservatoires que la femme peut requérir sur la communauté, comprend, avons-nous dit plus haut, celles qui interdisent au mari l'administration et la disposition des biens com-

(37) FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, IX, p. 442.

muns: c'est d'une part la saisie-arrêt sur les créances dues au mari ou à la communauté, et d'autre part, la constitution d'un séquestre sur les biens communs.

1° Saisie-arrêt. — Se basant sur la généralité des termes de l'article 242, la doctrine et la jurisprudence sont unanimes pour autoriser la femme en instance de divorce à pratiquer des saisies-arrêts sur les créances de son mari ou de la communauté, pour la garantie de ses reprises et de la part éventuelle qui peut lui revenir dans l'actif de la communauté.

La saisie-arrêt pratiquée par la femme au cours de l'instance a exclusivement le caractère d'une mesure conservatoire: elle tend à mettre sous main de justice jusqu'à la liquidation de la communauté, les créances arrêtées, et à empêcher le tiers saisi de s'en dessaisir au préjudice de la femme, mais elle n'a jamais le caractère de mesure d'exécution: la femme est tenue, d'après les termes mêmes de l'article 565 C.P.C., de former contre son mari, devant le tribunal, une demande de validité, mais n'assignera pas le tiers-saisi en déclaration affirmative, car elle n'a pas besoin de se faire attribuer les sommes saisies-arrêtées.

La jurisprudence autorise la femme à pratiquer des saisies-arrêts non seulement lorsqu'elle est créancière de son mari à titre de ses reprises ou de la pension alimentaire que celui-ci a été condamné à lui verser, mais aussi pour garantir le paiement de « la part éventuelle qui peut lui revenir dans les acquêts de la communauté » (38).

Dans ce dernier cas, la femme n'étant pas créancière de son mari, s'agit-il vraiment d'une saisie-

(38) Req., 14 mars 1855, S. 1856. 1. 655. — Req., 31 mai 1927, G. P. 1927. 2. 414.

arrêt? Nous ne le pensons pas, il semble que l'on se trouve en présence d'une simple défense à un tiers de se dessaisir entre les mains du mari, d'un effet de la communauté.

Quoi qu'il en soit, la femme doit en toute hypothèse, solliciter la permission du juge (39) qui, dans son ordonnance, énonce la somme pour laquelle la saisie-arrêt doit être faite: cette évaluation provisoire de la créance est exigée par l'article 559 C. P. C., toutes les fois — et c'est bien le cas pour la femme en instance de divorce — que la créance n'est pas liquide.

La saisie-arrêt des créances de la communauté ou du mari constitue pour la femme une excellente garantie contre les indécidesses ou les fraudes de son époux, qu'elle prive non seulement du droit d'administration, en lui interdisant de toucher les sommes saisies-arrêtées, mais aussi du droit de disposition, car, d'après les règles générales applicables en la matière, la cession d'une créance saisie-arrêtée ne vaut que pour la portion de cette créance excédant les causes de la saisie-arrêt (40). Et les causes de la saisie-arrêt résultent de l'évaluation provisoire du juge, qui la fixe en assurant largement la protection des intérêts de la femme.

On s'est parfois demandé si une femme en instance de divorce aurait la faculté de pratiquer une opposition, conformément aux dispositions de la loi du 17 mars 1909, sur le prix de vente d'un fonds de commerce commun aliéné par le mari pendant l'instance

(39) Pour éviter de solliciter cette permission, la femme est mal fondée à invoquer l'art. 238 C. c.: v. *supra*, p. 94.

(40) D. Rép. prat., v° Saisie-arrêt, n° 53; GARSONNET et CÉZAR-BRU, *op. cit.*, IV, § 1455, p. 453 ss. Nîmes, 6 février 1899, D. 1906. 2. 369, et la note de M. FRASSAINGEA.

et de signifier à l'acquéreur une surenchère du sixième, en vertu de l'article 5 de la même loi, qui donne ce droit aux créanciers inscrits et à ceux qui se sont révélés par des oppositions si le prix ne suffit pas à les désintéresser.

La jurisprudence a résolu cette question par la négative (41) : d'une part, la femme (même créancière de son mari à titre de pension alimentaire), n'a pas, à l'égard de celui-ci, la qualité de créancière au sens de la loi de 1909, puisqu'elle est co-propriétaire du bien aliéné par le mari, qui n'a fait qu'user des pouvoirs que lui confère l'article 1421 sur la communauté; d'autre part, au cas de surenchère par la femme, si celle-ci était déclarée adjudicataire, le fonds retomberait en communauté et serait par conséquent de nouveau à la disposition du mari. (42). Un tel résultat suffirait à faire repousser la demande de la femme. Comme l'a très bien noté le Conseiller TISSIER, « l'opposition qui arrête le prix aux mains de l'acheteur est une mesure conservatoire, mais non la surenchère ».

Pour assurer la protection de ses droits, la femme aura la faculté de pratiquer sur le prix de vente du fonds commun, une saisie-arrêt dans les conditions qui viennent d'être indiquées ou de demander, en cas de fraude du mari, l'annulation de la vente, conformément aux dispositions de l'article 243.

2. — Du séquestre sur les biens de la communauté.
— Il nous reste maintenant à étudier la mesure conservatoire qui assure de la manière la plus complète la

(41) Req., 16 novembre 1921, D. 1923. 1. 166; S. 1923. 1. 217, avec le rapport du conseiller TISSIER, et la note de M. BOURCART. — Trib. c. Seine, 28 avril 1921, D. 1923. 2. 185, et la note de M. LALOU.

(42) LALOU, note précitée.

protection des intérêts de la femme, mais aussi qui a suscité le plus de controverses, à raison du trouble profond qu'elle apporte dans la gestion de la communauté.

Cette mesure conservatoire, c'est la constitution d'un séquestre sur certains meubles ou immeubles de la communauté: elle consiste pour le juge à confier pendant l'instance, l'administration d'un bien de la communauté, soit à la femme elle-même, soit, le plus souvent, à un tiers.

Pour ordonner cette mesure le juge se base sur l'article 242, lequel indique, qu'après la levée des scellés et l'inventaire du mobilier commun, le mari sera constitué gardien judiciaire « à moins qu'il n'en soit décidé autrement ». N'est-on pas en droit de conclure que cette partie finale de l'article 242 autorise le juge à constituer sur les biens de la communauté un tiers gardien judiciaire ou séquestre ?

Contre cette solution, on a souvent soutenu au cours du XIX^e siècle, que l'article 1361 C. C. qui donne l'énumération des cas dans lesquels le juge peut ordonner la constitution d'un séquestre, ne comprend pas l'hypothèse de l'instance en divorce. Mais la jurisprudence a déclaré avec raison que l'énumération de l'article 1961 n'était pas limitative, et que « le juge des référés pouvait nommer un séquestre toutes les fois que l'intérêt des parties l'exige » (43), et notamment au cours de l'instance.

C'est dans ces conditions que la jurisprudence, tout en réservant expressément dans chaque espèce le

(43) Paris, 29 juillet 1919, D. 1920. 2. 75 (3^e espèce). — Sur le caractère non limitatif, en général, de l'article 1961, Civ., 10 juillet 1876, S. 1876. 1. 405.

droit d'administration du mari, ordonne très fréquemment la constitution d'un séquestre sur certains biens de la communauté, notamment lorsque le mari se désintéresse de la gestion des biens communs, ou surtout fait preuve « d'impéritie ou d'incapacité » (44).

Le séquestre peut être la femme: il en est ainsi ordonné toutes les fois que celle-ci est particulièrement qualifiée pour gérer un bien commun, notamment un fonds de commerce: c'est ainsi que les tribunaux ont confié à la femme l'administration de la succursale d'un fonds de parfumerie apporté par moitié par chacun des époux dans leur contrat de mariage (45), d'un fonds de commerce à l'exploitation duquel la femme participait depuis longtemps (46), d'un hôtel meublé installé dans un immeuble commun, pour assurer le paiement de la pension alimentaire qui lui était due par le mari (47).

M. LENOIR, dans son ouvrage consacré aux mesures provisoires et conservatoires, redoute que la femme ne soit pas digne de la mission qui lui est confiée: « La mesure, dit-il, par laquelle on protégerait la femme, léserait le mari d'une manière beaucoup plus grave que si un tiers séquestre avait été nommé à sa place, car le tiers fera l'objet d'un choix judicieux au point de vue de son intégrité et de sa solvabilité, la

(44) 28 juin 1911, D. 1914. 1. 56; S. 1912. 1. 32. — Paris, 24 déc. 1919, D. 1920. 1. 74 (4^e espèce); G. P. 1920. 1. 67; sur cet arrêt, la chronique de M. GAUDEMET, Rev. trim., 1920, p. 334. — Req., 11 février 1929, D.P. 1930. 1. 34.

(45) Req., 2 mars 1920, D. 1921. 1. 71; G.P. 1920. 1. 563; Rev. not. 1920, n° 18.265.

(46) Poitiers, 15 avril 1924, D.H. 1924. 403; Rev. not. 1924, n° 20.167.

(47) Poitiers, 25 février 1878, D. 1879. 2. 68.

femme au contraire aurait toutes les facilités pour laisser pérécliter la communauté et pour la rendre insolvable, et le mari se trouverait dans une situation fort embarrassante lors du partage de la communauté, puisqu'il ne pourrait exercer ses reprises que sur les biens communs, l'article 1472 ne lui accordant pas la faculté de les exercer sur les biens de sa femme » (48).

Pour notre part, nous nous refusons à croire que l'autorisation donnée à la femme de gérer un bien commun soit préjudiciable aux intérêts du mari, car la jurisprudence n'ordonne cette mesure qu'avec prudence, en tenant compte des capacités professionnelles de la femme, de sa valeur morale, et surtout en réservant formellement le droit de contrôle du mari; c'est ainsi par exemple, que la jurisprudence oblige la femme à remettre à son mari, ou à un expert désigné par celui-ci, le double des livres de comptabilité, et la part de bénéfices excédant le montant de sa pension alimentaire et la rémunération de son travail (49), ou encore à rendre compte à un notaire nommé par le juge des référés, chargé de surveiller l'exploitation du fonds de commerce confié à la femme, de lui laisser un fonds de roulement suffisant, ainsi que le montant de sa pension alimentaire, et d'encaisser, pour le compte de la communauté, le surplus du produit de l'exploitation (50).

Le plus souvent, le séquestre est un tiers: c'est la seule solution possible lorsque la femme n'a pas les

(48) LENOIR, *Des mesures provisoires et conservatoires relatives aux biens des époux dans l'instance en divorce ou en séparation de corps*, Thèse, Paris, 1921.

(49) Req., 2 mars 1920, précité.

(50) Lyon, 30 décembre 1927, Rev. not. 1928, n° 22.518.

capacités requises pour gérer l'exploitation commune, ou n'inspire pas suffisamment confiance au juge. Quoi qu'il en soit, le séquestre est soumis aux obligations de tout administrateur judiciaire: il doit scrupuleusement respecter la mission qui lui est confiée, administrer en bon père de famille, et lors de la liquidation du régime matrimonial, restituer le bien qui lui avait été remis.

La constitution d'un séquestre sur certains biens de la communauté a pour résultat de réduire considérablement les pouvoirs du mari sur les biens faisant l'objet de cette mesure: elle le prive du pouvoir d'aliénation et du pouvoir de disposition, toutes les fois que le bien mis sous séquestre est susceptible de possession manuelle (espèces, valeurs mobilières, etc), et dans les autres cas (fonds de commerce, immeubles) du seul pouvoir d'administration: remarquons cependant que le pouvoir de disposition que le mari conserve dans ces hypothèses n'est que théorique, car, en cas de disposition, l'existence du séquestre frappe de mauvaise foi le mari et le tiers acquéreur.

Toutes les fois qu'elle ordonne cette mesure, la jurisprudence ne manque pas d'affirmer le principe qu'au cours de l'instance le mari conserve les pouvoirs qui lui sont confiés par la loi et qu'il n'est pas possible de l'en dépouiller complètement; elle ajoute que seule, l'importance des intérêts à sauvegarder peut imposer la nomination d'un séquestre: c'est « une question d'opportunité et de mesure qui doit résulter pour lui des circonstances de la cause soumise à son examen » (51).

(51) Paris, 24 décembre 1919, D. 1920. 2. 75 (4^e espèce); G.P. 1920. 1. 67; v. sur cet arrêt GAUDEMET, chronique, Rev. trim., 1920, p. 334.

On s'est demandé si le juge pourrait, par une décision générale, dépouiller le mari des pouvoirs qui lui sont attribués sur la communauté par les articles 1421 et 1422, et lui substituer un séquestre, ou administrateur judiciaire de l'ensemble de la communauté. Cette question a été résolue par un arrêt rendu par la Cour de Cassation, le 26 mars 1889, au rapport du Conseiller Féraud-Giraud (52).

Une dame Malapert, était en instance de divorce contre son mari; ce dernier ayant vendu postérieurement au jour de la demande un immeuble commun pour la somme de 200.000 francs payable comptant, et son administration étant des plus suspectes, la femme avait sollicité la constitution d'un séquestre sur la communauté et obtenu du tribunal civil de la Seine un jugement dont le dispositif était ainsi rédigé: « Nomme Imbert administrateur judiciaire de la communauté légale de biens existant entre les époux Malapert. Lui donne à cette effet tous pouvoirs nécessaires pour gérer et administrer ladite communauté jusqu'à ce qu'il ait été statué sur la demande principale en divorce, et, le cas échéant, jusqu'à l'issue de la liquidation. L'autorise, en conséquence, à se mettre en possession de l'actif de la communauté à rechercher par toutes les voies de droit quelle en est la consistance ». La mission très étendue conférée à l'administrateur judiciaire avait pour résultat une véritable destitution judiciaire du mari.

Sur appel de ce dernier, la Cour de Paris, par arrêt en date du 17 janvier 1889, infirma le jugement du

(52) Req., 26 mars 1889, D. 1889. 1. 444; S. 1890. 1. 253 (ainsi que le jugement du tribunal et l'arrêt de la Cour d'appel); P.F., 1889. 1. 411; sur cet arrêt, chronique de M. MASSIGLI, Rev. crit., 1890, p. 457.

tribunal et la Chambre des Requêtes, après avoir entendu un rapport très documenté du Conseiller Féraud-Giraud, rejeta le pourvoi que la femme avait formé contre l'arrêt de la Cour de Paris.

Les arguments présentés devant ces diverses juridictions pour repousser la demande de la femme tendant à la substitution au mari d'un administrateur judiciaire, peuvent être résumés ainsi: en vertu de l'art. 1421 C.C., le mari est le chef de la communauté qu'il administre avec des pouvoirs étendus, auxquels il n'est pas possible d'apporter une modification si minime soit-elle, à moins d'une disposition contraire et exceptionnelle de la loi. Sans doute, l'art. 242 C.C. autorise la femme en instance de divorce à prendre des mesures conservatoires, à requérir, par exemple, l'apposition des scellés, la constitution d'un gardien judiciaire des biens de la communauté, qui peut être le mari lui-même, la femme, ou un tiers. Mais « quelque étendus que soient les pouvoirs des juges dans le choix de ces mesures, pour prévenir les abus que pourrait commettre le mari dans son administration, ils ne peuvent aller jusqu'à l'en dépouiller complètement, pour en investir un tiers qui serait ainsi constitué gérant et administrateur de la communauté légale à l'exclusion du mari » (extrait des motifs de l'arrêt de la Cour de Cassation).

Il ne semble pas que depuis cet arrêt mémorable, la jurisprudence ait osé se heurter de front au principe de l'impossibilité de la destitution totale du mari comme chef de communauté, au cours de l'instance en divorce (53). Et la Cour de Cassation affirmait

(53) Ainsi, un arrêt de la Cour de Paris, en date du 31 juillet 1917 (D. 1920. 1. 74, 1^{re} espèce), a limité à l'encaisse-

récemment encore (54) la validité d'une mesure conservatoire, telle que la désignation d'un contrôleur sans l'assistance duquel ne pourraient être effectuées certaines opérations, ce qui peut « constituer en fait une gêne, mais ne dépouille pas le mari de l'exercice légitime de son droit d'administrateur de la communauté ». Si une situation de fait semblable à celle de l'arrêt Malapert était présentée devant un tribunal, il n'est pas douteux que la jurisprudence appliquerait maintenant encore les mêmes principes et la même solution.

Cependant, il est intéressant de noter l'évolution de la jurisprudence en matière de séquestre. Sous le régime de l'article 270, la jurisprudence n'admettait la possibilité d'un séquestre sur la communauté, qu'à charge pour celui-ci de percevoir les revenus des biens communs, de manière à assurer à la femme le paiement de sa pension alimentaire et de sa provision *ad litem*, le surplus devant être remis au mari (55). Depuis la mise en vigueur du nouvel article 242, la jurisprudence, ainsi que l'on vient de le voir, se refuse à substituer au mari un administrateur judiciaire de la communauté, mais n'hésite pas à nommer un séquestre sur certains biens de communauté, toutes les fois que la protection des intérêts de la femme nécessite une telle mesure. Et si le bien sur lequel le séquestre est constitué, représente à lui seul l'élément

ment des revenus de la communauté et au paiement à la femme de sa pension alimentaire, la mission d'un séquestre, qui avait été chargé, par une ordonnance de référé, d'administrer une communauté existant entre des époux en instance de divorce.

(54) Civ., 21 juin 1935, S. 1935. 1. 387; G.P. 1935. 2. 325; G.T. 1935. 1. 160 (sommaire).

(55) Douai, 6 avril 1853, D. 1856. 2. 145. — Paris, 4 août 1871, D. 1873. 2. 21.

le plus clair de la communauté, le résultat de cette mesure est, en fait, de laisser au mari le titre d'administrateur de la communauté, mais de lui retirer toute possibilité d'action. C'est dans ces conditions que M. ROUAST a pu écrire que le principe de l'impossibilité de remplacer le mari par un séquestre reçoit des atteintes chaque jour plus nombreuses, et « qu'il n'est pas impossible de prévoir le jour où les exceptions annuleront la règle ». (56) Il faut bien convenir que la solution de la jurisprudence n'est pas des plus rationnelles, et espérer que le législateur permettra au juge de porter atteinte pendant la litispendance au principe de la suprématie maritale, en matière d'administration de la communauté.

B. — Mesures conservatoires requises par la femme sur ses biens personnels.

Nous avons vu précédemment qu'en principe, le mari conservait au cours de l'instance en divorce, les pouvoirs d'administration que les divers régimes matrimoniaux lui confient sur les biens personnels de sa femme: il en est ainsi, on le sait, sous le régime de communauté (art. 1428), sous le régime dotal (en ce qui concerne seulement les biens dotaux, article 1543), et sous le régime sans communauté (article 1531).

Lorsque le maintien au mari de l'administration des biens personnels de sa femme risquerait de compromettre les intérêts de cette dernière, l'alinéa 2 de l'article 242 l'autorise à requérir des mesures conservatoires: apposition des scellés, inventaire et constitution du mari ou d'elle-même comme gardien judi-

(56) PLANIOL et RIPERT, La famille, par ROUAST, II, n° 616.

ciaire, autorisation de percevoir elle-même les revenus de ses biens personnels, etc.

Pour obtenir une protection plus complète, la femme peut demander la mise sous séquestre de sa fortune personnelle, notamment en cas de malveillance ou d'impéritie de la part du mari. Une demande de ce genre ne soulève pas dans la conscience du juge les scrupules du respect qui était dû aux droits du mari, chef de communauté.

Un arrêt de la Cour de Montpellier, en date du 31 janvier 1895 (57) a fort bien dégagé quelle devait être la position des tribunaux en présence d'une demande de séquestre formée par une femme commune sur ses biens propres. En ce qui concerne les biens propres de la femme « les droits du mari se réduisant à une simple jouissance, celui-ci ne doit être considéré que comme un simple administrateur de la fortune d'autrui, astreint, à ce titre, à toutes les obligations qui pèsent sur ce dernier et tenu notamment d'apporter à sa gestion les soins d'un bon père de famille; s'il manque à ce devoir, et si, comme dans l'espèce par suite de ses agissements, la valeur du fonds lui-même était compromise, la femme est autorisée à demander qu'un tiers reçoive mandat de veiller à l'entretien et à la conservation des biens que l'éventualité d'une dissolution prochaine de la communauté remettra entre ses mains; une semblable mesure rentre dans la catégorie de celles qu'a eues en vue le paragraphe 2 de l'article 242, et la refuser serait exposer le patrimoine de la femme à tous les dommages que, durant

(57) Montpellier, 31 janvier 1895, D. 1895. 2. 356. — Dans le même sens: Bordeaux, 11 janvier 1893, D. 1893. 2. 518; Paris, 28 mars 1901, S. 1902. 2. 231; Paris, 31 juillet 1917, G.P. 1916-1917. 794.

cette période toujours difficile de l'instance en divorce, pourrait provoquer l'incurie et même la malveillance du mari ».

Cependant, comme les revenus des biens propres de la femme tombent dans l'actif commun, la jurisprudence envisageant l'hypothèse où le divorce ne serait pas prononcé entre les époux, réserve quelquefois, expressément le droit de surveillance du mari, comme elle le fait ordinairement, lorsqu'elle confie à la femme l'administration d'un bien commun. C'est ainsi qu'un arrêt de la Cour de Lyon, tout en confirmant une ordonnance de référé qui avait confiée à la femme l'administration d'un fonds de commerce de boucherie qui lui était propre, autorisait le mari à choisir un mandataire, chargé de surveiller et de contrôler la gestion de la femme; les difficultés qui auraient pu être soulevées dans l'exercice des droits du mandataire devaient être soumises au juge des référés (58).

Sous les régimes matrimoniaux autres que celui de la communauté, la femme est également autorisée par l'article 242, alinéa 2, à prendre des mesures conservatoires sur les biens dont son mari a l'administration ou la jouissance. Quelques décisions déjà anciennes, quoique postérieures au nouvel article 242 émanant de Cours d'appel (59) avaient refusé à une femme la nomination d'un séquestre sur ses biens dotaux, alléguant que « la destitution provisoire des pouvoirs du mari, quant à l'administration de la dot de sa femme, demanderesse en séparation de corps, était une me-

(58) Lyon, 2 janvier 1920, J. N., 1921, art. 32.736.

(59) Riom, 21 décembre 1891, S. 1892. 2. 4. — Nancy, 4 novembre 1905, G.P. 1905. 2. 622; sur cet arrêt, chronique de M. JOSSEKAND, Rev. trim., 1906, p. 152.

sure exorbitante » (Cour de Riom), ou que le mari ne pouvait être dépouillé du droit de percevoir les revenus de la dot, tant que durait le contrat de mariage (Cour de Nancy).

Cette même Cour ajoutait que la disposition de l'article 242 permettant à l'un ou l'autre des époux de prendre toutes mesures conservatoires pour la garantie de ses droits, « s'applique à des droits nés et certains et non à des droits purement éventuels et hypothétiques; si, au cas de divorce, le mari doit restituer les revenus dotaux à compter du jour de la demande, il n'y est tenu que lorsque la décision est intervenue; jusqu'à ce moment, il conserve sur ces revenus, le droit de disposition que la loi lui confère ».

L'opinion émise par la Cour de Nancy est critiquable: on ne voit pas très bien comment l'article 242 pourrait protéger les droits nés et certains de la femme pendant la litispendance (sauf la créance qu'elle peut avoir contre son mari, à titre de pension alimentaire), puisque ses droits à la restitution de la dot et des revenus à compter du jour de la demande, s'ils sont certains, ne peuvent être qu'éventuels et ne naîtront qu'au moment de la dissolution du régime matrimonial. L'application stricte de la théorie de la Cour de Nancy conduirait à refuser aux époux toute mesure conservatoire, pour cette raison que leurs droits ne sont qu'éventuels. C'est justement l'éventualité des droits à protéger qui constitue l'intérêt des mesures conservatoires.

Il faut reconnaître que les circonstances de fait, en présence desquelles se trouvaient placées les Cours de Riom et de Nancy, ne justifiaient pas la demande de la femme dont la dot n'était pas en péril. Aussi, som-

mes-nous porté à croire que, malgré leurs déclarations de principe, ces Cours auraient nommé un séquestre, si la conduite du mari avait menacé les intérêts de la femme.

Ce fut cette solution qu'adopta la Cour de cassation dans un arrêt en date du 10 novembre 1930 (60) où il est dit notamment que « si, en principe le mari ne peut, tant que le mariage subsiste, être privé de l'administration des biens dotaux de sa femme, chacun des époux dans une instance en séparation de corps, par application des articles 242 et 307 C. C., est fondé à demander en justice des mesures conservatoires pour la garantie de ses droits; par suite le juge a le pouvoir, dès avant la séparation de constituer un séquestre à raison de la méconnaissance par le mari de ses obligations, de son impérétie, de sa négligence ou de sa malveillance envers sa femme ». Dans cette espèce, le mari avait cessé de payer la pension alimentaire qu'il avait été condamné à verser à sa femme, refusé d'acquitter certaines dépenses qui lui incombaient, et pris à l'égard de sa femme des mesures qualifiées par l'arrêt de la Cour d'Appel, vexatoires, douloureuses et malveillantes. Les circonstances de fait justifiaient donc parfaitement la nomination d'un séquestre sur les immeubles dotaux de la femme.

Cette mesure conservatoire est la seule relativement aux biens dotaux dont la jurisprudence fournisse des exemples. Cependant on peut fort bien concevoir que la femme dotale requiert d'autres mesures conserva-

(60) Req., 10 novembre 1930, S. 1932. 1. 81, et la note de M. GÉNY; G.P. 1930. 2. 742 (ainsi que l'ordonnance de référé et l'arrêt de la Cour d'appel); Rev. not., 1930, n° 24.211.

toires telles que la constitution d'un gardien judiciaire des meubles dotaux, une saisie-arrêt sur une créance dotale, ou l'attribution à la femme de l'administration d'un bien dotal, meuble ou immeuble.

C. — Indiquons enfin que sous tous les régimes, la femme peut solliciter des mesures conservatoires sur les propres de son mari, lorsque cette mesure apparaît, dans les circonstances de la cause, comme seule susceptible de sauvegarder ses droits dans la communauté ou d'assurer la reprise de ses biens personnels, ou le paiement de sa pension alimentaire.

A notre connaissance, il n'existe sur cette question qu'une seule décision de jurisprudence: c'est un arrêt de la Cour de Caen, du 2 février 1925 (61) qui a ordonné la mise sous séquestre de titres personnels au mari, bien que cette mesure soit de nature à porter atteinte aux droits de celui-ci. C'est l'extrême limite que puisse atteindre la jurisprudence pour protéger les intérêts de la femme.

II. — *Mesures conservatoires requises par le mari commun en biens sur le patrimoine réservé de sa femme.* — Ainsi que nous l'avons constaté plus haut, dans la section première de ce chapitre, l'unité d'administration qui, pendant longtemps, a été l'une des principales caractéristiques du régime de communauté, a disparu depuis que la loi du 13 juillet 1907 a confié à la femme (sous tous les régimes), sur les produits de son travail personnel et les économies en provenant « les mêmes droits d'administration que l'arti-

(61) Caen, 2 février 1925, Rev. not., 1927, n° 21.534 (sommaire); Rec. Caen, 1926, 193.

de 1440 du Code civil donne à la femme séparée de biens » (article 1^{er}) (62).

Sous les régimes matrimoniaux qui comportent une communauté ou une société d'acquêts, les biens réservés sont communs: le mari, lors de la liquidation, si la femme accepte la communauté ou la société d'acquêts dissoute, aura donc droit, en principe, à la moitié de ces biens réservés.

L'administration qui est confiée à la femme (à peine de nullité de toute clause contraire insérée dans le contrat de mariage) soulève au cours de l'instance en divorce des problèmes et provoque des dangers identiques à ceux de l'administration du mari sur les biens communs et les propres de sa femme. De même que celle-ci peut avoir de justes motifs de redouter que son mari n'abuse des pouvoirs qui lui sont confiés par la loi, le mari, lui aussi, n'a-t-il pas à craindre que sa femme, au cours de la litispendance, ne fasse disparaître frauduleusement ses biens réservés, dont il doit normalement recueillir la moitié lors de la dissolution de la communauté?

Ces craintes sont justifiées par les circonstances, car, malgré le développement très restreint de la loi de 1907, la jurisprudence offre deux exemples de mesures conservatoires que des maris se sont trouvés dans l'obligation de requérir, au cours de l'instance en divorce, sur les biens réservés de leurs épouses: l'un de ces exemples est fourni par un arrêt de la Cour de Paris, en date du 8 juin 1923 (63), l'autre, par

(62) La formule légale, que nous reproduisons ici, a déjà été critiquée (v. *supra*, p. 67).

(63) Paris, 8 juin 1923, G.P. 1923. 2. 360; J. N., 1924, art. 34.026.

un jugement du tribunal civil de Bayeux, en date du 30 juin 1932 (64).

Les auteurs ne paraissent pas, à notre connaissance (excepté MM. Rouast (65), Jean-Charles Laurent (66) et Paucot (67)), avoir entrevu la possibilité pour le mari de solliciter de la justice, au cours de l'instance en divorce des mesures conservatoires sur les biens réservés de sa femme. Peut-être ont-ils estimé que les droits du mari se trouvaient suffisamment protégés par la faculté que lui accorde l'article 2 de la loi du 13 juillet 1907, de demander au tribunal statuant en la Chambre du Conseil, le retrait des pouvoirs conférés à la femme, ou de solliciter, en référé, l'autorisation de s'opposer aux actes que la femme se propose de passer avec un tiers. Nous examinerons plus loin l'intérêt que pourraient présenter ces procédures pour le mari au cours de l'instance en divorce.

Nous avons vu les diverses mesures conservatoires que l'art. 242 et la jurisprudence autorisent la femme à requérir sur les biens communs et sur ses propres, pour la sauvegarde de ses intérêts. Comme l'a remarqué avec justesse M. Jean-Charles Laurent, dans la note précitée, « il semble bien que cette protection accordée à la femme mariée n'est que l'une des pièces d'un diptyque, les deux époux devant être soumis au même régime ». En pratique, la femme a été longtemps seule à utiliser l'article 242 contre son mari

(64) Trib. c. Bayeux, 30 juin 1932, D.P. 1933. 2. 13, note de M. Jean-Charles LAURENT; Rev. not., 1932, n° 24.623.

(65) PLANIOL et RIPERT, La famille, par ROUAST, II, n° 616.

(66) Jean-Charles LAURENT, note précitée.

(67) PAUCOT, *Les relations patrimoniales des époux, pendant l'instance en divorce ou en séparation de biens ou de corps*, Thèse, Paris, 1932, p. 127.

lorsque celui-ci seul administrait les biens communs. Pourquoi ne pas accorder à ce dernier le bénéfice des dispositions de l'article 242, qui autorise « l'un ou l'autre des époux » à requérir des mesures conservatoires, lorsque la situation se trouve renversée, et que la femme administre, en vertu d'une disposition légale certains biens dépendant de la communauté?

Dans les deux espèces que nous avons citées, la jurisprudence n'a opposé aucune objection de droit au mari qui demandait une mesure conservatoire sur les biens réservés de son épouse dans l'un et l'autre cas, la nomination d'un séquestre. Il semble même que ces deux décisions aient accueilli la demande du mari avec plus de facilité qu'elles ne l'auraient fait s'il s'était agi d'une demande de séquestre formée par une femme sur les biens communs ou sur ses propres. Dans la première, la Cour se borne à constater que la mesure sollicitée par le mari se justifiait par l'intérêt de ce dernier « à ce que les bénéfices produits par la gestion de la femme ne soient pas distraits » et dans la seconde de ces décisions, le tribunal constate seulement que « dans les circonstances ci-dessus précisées, la nomination d'un séquestre est seule propre à assurer la conservation des droits du demandeur sur la masse commune »; le tribunal, il est vrai, se trouvait en présence d'une femme qui, ayant été atteinte de troubles mentaux sortait d'un établissement d'aliénés, mais aucun fait de malveillance ou d'impéritie relativement à ses biens réservés n'était relevé contre elle.

Dans les deux espèces rapportées, c'est au séquestre que le mari eut recours pour assurer la protection de ses intérêts, mais il aurait pu aussi bien solliciter la nomination de la femme comme gardien judiciaire

de ses biens réservés après inventaire, ou l'autorisation de pratiquer des saisies-arrêts sur les créances de sa femme, si elles avaient appartenu au patrimoine réservé. « Ces mesures accentueraient mieux encore que le séquestre le parallélisme qui existe entre les droits des deux époux pendant une instance en divorce ou en séparation de corps » (68).

La possibilité pour le mari de requérir, en se basant sur l'article 242, des mesures conservatoires sur les biens réservés de sa femme, soulève une objection qui est la suivante: pourquoi invoquer l'article 242, alors que l'article 2 de la loi du 13 juillet 1907 autorise le mari à demander au tribunal, statuant en la Chambre du Conseil, en cas de dissipation, imprudence ou mauvaise gestion de la femme, le retrait de tout ou partie des pouvoirs qui sont confiés à celle-ci par l'article 1^{er} de la même loi, ou même à obtenir en référé, l'autorisation de s'opposer aux actes que la femme se propose de passer avec un tiers?

M. Paucot, après avoir envisagé la possibilité pour le mari d'utiliser l'article 242 ou l'article 2 de la loi de 1907 conclut que « le procédé du séquestre paraît néanmoins préférable, car il est à craindre que le mari ne fasse pas un meilleur usage que sa femme des pouvoirs qu'il lui ferait enlever » (69). Cette explication est insuffisante, car étant donné que le mari a le choix entre les deux procédés, pourquoi dans les deux espèces rapportées, le mari a-t-il utilisé celui de l'article 242?

La véritable raison de ce choix est celle-ci: la pro-

(68) Jean-Charles LAURENT, note précitée.

(69) PAUCOT, *op. cit.*, p. 127.

tection que le mari retirerait de la procédure de retrait de la loi de 1907 serait insuffisante pour la sauvegarde de ses intérêts. « Le retrait en effet, remarque M. Jean-Charles Laurent (70), tel que l'a conçu la loi de 1907, est, d'une part, une sanction, car il est prononcé seulement quand la femme a déjà abusé de ses pouvoirs; il constitue, d'autre part, une précaution pour l'avenir puisqu'il n'a pas d'effet rétroactif et laisse subsister les « actes de dissipation, imprudence, ou de mauvaise gestion »; il ne peut donc présenter un véritable intérêt que si le mariage subsiste en évitant le retour de pareils abus. Le retrait de pouvoirs au cours d'une instance en divorce serait donc inefficace. Seules, des mesures préventives sont de nature à sauvegarder les intérêts du mari, mais elles doivent être provisoires pour sauvegarder les intérêts de la femme. Cette dernière considération permettrait à elle seule d'éliminer la procédure de retrait, qui transfère au mari l'administration des biens réservés; cette gestion serait elle-même suspecte si le retrait était prononcé pendant une instance en divorce ».

L'opinion émise par M. Jean-Charles Laurent est pleinement justifiée, et mérite d'être retenue: remarquons seulement que la demande en référé d'une mesure conservatoire, basée sur l'article 242 a aussi l'avantage d'être plus rapide et moins coûteuse que la procédure du retrait en Chambre du Conseil. Sans doute, pourrait-on concevoir que le mari utilise, au cours de l'instance en divorce la procédure d'opposition par ordonnance de référé, aux actes que la femme se propose de passer avec un tiers. Mais cette pr

(70) Jean-Charles LAURENT, note précitée (p. 14, 2^e col.).

cédure se heurte à de nombreuses difficultés pratiques qui la rendent peu efficace: par exemple, pour que le mari puisse s'opposer à un acte de sa femme, il faut qu'il ait quelque idée de l'acte projeté par sa femme, et de l'identité du tiers co-contractant éventuel: ce qui souvent ne sera pas le cas.

Les mesures conservatoires que le mari et la femme ont la faculté de requérir pendant la litispendance, seraient insuffisantes, malgré le développement considérable que leur a donné la jurisprudence, pour assurer d'une manière totalement efficace la protection des intérêts pécuniaires de l'un et l'autre des époux. Il importe de ne pas oublier en effet, d'une part qu'elles sont facultatives, et d'autre part que la Jurisprudence soucieuse de respecter les droits du mari, ne les ordonne que dans les cas graves et notamment hésite à faire droit à la demande de la femme tendant à la nomination d'un séquestre sur les biens communs, si la femme ne rapporte la preuve de la négligence ou de l'impéritie de son mari.

Si ce dernier dissipait au cours de l'instance les biens de la communauté, la femme serait-elle désarmée? A cette question, on peut répondre: non. Nous avons déjà vu que, par suite des effets de la rétroactivité des effets du jugement de divorce, les actes préjudiciables du mari sont inopposables à la femme; mais surtout, le législateur autorise cette dernière, dans l'article 243 du Code civil, à demander l'annulation à l'égard de son mari comme à l'égard des tiers, des obligations ou des aliénations contractées ou faites en fraude de ses droits par le mari, postérieurement au jour de l'ordonnance du Président du Tribunal

autorisant le demandeur à citer son conjoint en conciliation; cette sanction des actes frauduleux du mari pendant l'instance en divorce fera l'objet de la section IV.

SECTION IV

De la nullité des actes passés par le mari au cours de l'instance en divorce sur les biens de la communauté, en fraude des droits de sa femme (article 243 C. c.).

Poursuivant l'étude du régime matrimonial des époux au cours de l'instance en divorce, nous arrivons maintenant, après avoir examiné les mesures conservatoires qui peuvent être requises par l'un ou l'autre époux, à la limitation, qui, à titre de sanction, doit être apportée aux pouvoirs d'administration du mari sur les biens communs au cours de l'instance en divorce; quelque étendus que soient ces pouvoirs, le mari ne doit pas les utiliser en fraude des droits de la femme: c'est de ce principe général que l'article 243 C.C. fait une application spéciale à l'administration des biens communs par le mari pendant la litispendance: « Toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent, postérieurement à la date de l'ordonnance dont il est fait mention à l'article 235, sera déclarée nulle, s'il est prouvé d'ailleurs

qu'elle a été faite ou contractée en fraude des droits de la femme ».

Cet article peut être invoqué par toute femme en instance de divorce ou de séparation de corps, mariée sous un régime comportant une communauté ou une société d'acquêts. Dans ces hypothèses, les droits de la femme sur les biens communs peuvent courir de grands dangers, par suite des pouvoirs étendus dont le mari dispose sur ces biens. Sous les régimes ne comportant ni communauté, ni société d'acquêts, une disposition analogue à celle de l'article 243 ne se concevrait pas, puisque, par hypothèse, il n'y a pas de biens communs, et que le mari, si l'administration des biens personnels de sa femme lui est confiée ne possède sur ces biens que les pouvoirs d'un administrateur de biens d'autrui, responsable de sa gestion dans les termes du droit commun.

C'est à la femme seule que l'article 243 accorde la faculté de demander l'annulation des actes frauduleux du mari sur les biens communs; aucune disposition n'est prévue dans l'hypothèse inverse, c'est-à-dire, en faveur du mari contre les actes frauduleux de la femme sur ses biens réservés. Il ne pouvait en être autrement, tant que l'administration des biens communs était exclusivement attribuée au mari. Mais depuis que la loi du 13 juillet 1907 a donné à la femme de larges pouvoirs d'administration et de disposition sur ses biens réservés, ne serait-il pas possible de concevoir que celle-ci n'accomplisse, en dehors, mais surtout au cours de l'instance en divorce, des actes sur ses biens réservés en fraude des droits du mari ? Aucun tribunal n'a encore eu, à notre connaissance, à résoudre un problème de ce genre, dont les auteurs, si

l'on excepte M. Jean-Charles Laurent (71), ne paraissent pas avoir soupçonné l'existence. Et pourtant, la femme, dans l'administration de son patrimoine réservé, n'inspire pas plus de confiance que le mari administrateur de la communauté. Nous avons vu, à la fin de la précédente section, que les tribunaux ordonnaient, à la demande du mari, des mesures conservatoires sur les biens réservés de sa femme. Pourquoi la jurisprudence ne continuerait-elle pas l'assimilation ainsi commencée, de l'administration de la femme à celle du mari, et ne permettrait-elle pas à celui-ci de demander l'annulation des actes frauduleux de la femme sur ses biens réservés ? Nous reviendrons sur cette question à la fin de la présente section.

Le parallélisme que nous avons observé dans les précédentes sections de ce chapitre, entre l'administration réservée au mari et celle réservée à la femme, se trouve donc rompu, provisoirement tout au moins, au détriment du mari. C'est seulement au profit de la femme que l'article 243 ouvre une action en nullité contre les actes frauduleux du mari, postérieurement à l'ordonnance de l'article 235. Avant d'aborder l'étude de cette action, il est nécessaire de donner quelques brèves indications sur les actes frauduleux du mari en général, d'après le Code civil, et d'après la doctrine et la jurisprudence modernes.

§ 1. — LES ACTES FRAUDULEUX DU MARI, EN GÉNÉRAL, SUR
LA COMMUNAUTÉ.

I. — Et tout d'abord, examinons quel était l'état de la doctrine en matière de fraude du mari, lors de la

(71) Jean-Charles LAURENT, note précitée (p. 14, 2^e col.).

rédaction du Code civil. — Sous l'Ancien Droit, les pouvoirs du mari, chef de communauté, étaient, d'après les dispositions de l'ensemble des coutumes, très étendus. Le mari possédait sur la communauté de larges pouvoirs d'administration et de disposition à titre gratuit ou onéreux. C'est ainsi que l'article 225 de la Coutume de Paris disposait : « Le mari est seigneur des meubles et conquêts immeubles par lui faits durant et constant le mariage de lui et de sa femme, en telle manière qu'il les peut vendre, aliéner et hypothéquer, et en faire et disposer par donation ou autre disposition faite entre vifs, à son plaisir et volonté, sans le consentement de sa dite femme, à personne capable et sans fraude. » Ces deux derniers mots sont importants à retenir, car ils constituent la limitation des pouvoirs du mari : c'est dans l'intérêt des époux que la coutume confiait au mari seul d'aussi larges pouvoirs d'administration et de disposition, sous cette réserve cependant de ne pas agir en fraude des intérêts de la femme ou des héritiers de celle-ci.

Pothier et Lebrun réservèrent à la fraude du mari de longs développements, dans un sens, il est vrai, assez différent : le premier appréciant la fraude du mari, d'une manière subjective, d'après l'intention de celui-ci de nuire aux intérêts de sa femme, le second, au contraire, d'une manière objective, d'après les circonstances de temps ou de personne, dans lesquelles l'acte frauduleux avait été accompli (72).

Malgré la tradition solide de l'Ancien Droit, les ré-

(72) V. sur la tradition de l'Ancien Droit relative aux actes frauduleux du mari : VÉRON, *op. cit.*, p. 123 ss., et sur les théories de Pothier et de Lebrun, VÉRON, p. 137 ss.

dacteurs du Code civil n'insérèrent dans la section consacrée à l'administration de la communauté, aucune disposition relative à la fraude du mari; adoptant la théorie objective de Lebrun, ils présumèrent la fraude du mari d'après la nature même de l'acte, et c'est ainsi qu'ils interdirent au mari, dans l'article 1422, les donations d'immeubles et de meubles, à titre universel, ou avec réserve d'usufruit. En cas d'instance en divorce, ils autorisèrent la femme dans l'article 271, à demander l'annulation des aliénations d'immeubles communs ou des obligations à la charge de la communauté faites par le mari postérieurement à la première ordonnance rendue par le magistrat.

Du silence du Code sur la fraude du mari, en général, on a parfois conclu que tous les actes du mari, même frauduleux accomplis par celui-ci dans la limite de ses pouvoirs, en dehors ou antérieurement à une instance de divorce, ne pourraient pas être annulés à la demande de la femme. La Cour de Colmar devant laquelle cette théorie fut soutenue la rejeta dans un arrêt rendu le 25 février 1857 (73), en démontrant aisément les conséquences par trop contraires à la morale et à la justice qu'entraînerait une telle interprétation de l'article 271: « Un mari pourrait faire à l'égard des droits de sa femme les actes de fraude les plus coupables, des tiers pourraient s'y associer de la manière la plus éhontée, et, quand la femme redevenue libre par la dissolution de la communauté, viendrait démontrer à la justice de la façon la plus claire et la plus palpable le concert frauduleux dont elle serait victime, les magistrats ne pourraient que gémir sur cette frau-

(73) Colmar, 25 février 1857, D. 1857. 2. 88; S. 1857. 2. 321.

de, et seraient désarmés pour la proclamer et la punir, par ce seul fait que les coupables auraient eu assez de prestesse pour parachever leur œuvre avant que le président eut rendu son ordonnance de comparution ».

Et la Cour de Colmar démontre ensuite que l'hypothèse de l'article 271 est pour ainsi dire le cas limite des agissements frauduleux du mari. « Cet article, spécial à l'instance en divorce et étendu par suite à la séparation de corps, n'a prévu qu'un cas de fraude, celui qui doit en pareille occurrence se présenter le plus souvent », par suite des dissentiment violents existant entre les époux. « En punissant de nullité ces actes d'emportement et de vengeance, le législateur n'a évidemment pas voulu couvrir de sa protection des actes frauduleux qui remonteraient à une époque antérieure à la demande en séparation de corps et qui seraient peut-être plus coupables encore de la part du mari que ceux que prévoit l'article 271, par cela même qu'ils dénoteraient de la part du mari dans ses projets de fraude, une plus longue préméditation et un plan plus froidement arrêté ».

Les motifs de cet arrêt que Laurent (74) qualifie d'« excellent » doivent être approuvés sans réserve : bien loin de constituer une exception, l'article 271-243 est une application du principe général non expressément formulé dans le Code en vertu duquel le mari n'a jamais le droit d'utiliser en fraude des droits de son épouse, les larges pouvoirs d'administration et de disposition que lui a confiés la loi sur les biens dépendant la communauté.

(74) LAURENT, XXIII, n° 40.

C'est de ce principe général, élaboré par la doctrine et la jurisprudence dont il importe maintenant de dégager les principales caractéristiques.

II. — La fraude du mari dans l'administration de la communauté, et l'action donnée à la femme d'après la doctrine et la jurisprudence moderne, contre les actes frauduleux du mari (75).

La fraude à l'égard de la femme sur les biens communs « n'existe pas seulement lorsque le mari a voulu s'avantager soi-même ou ses héritiers, mais encore, sans enrichissement de sa part, lorsqu'il a, de propos délibéré, cherché à frustrer sa femme, dans une pensée de haine par exemple ». (76). Elle résulte d'actes très variés: actes matériels de détérioration, ouvrant à

(75) La question des actes du mari sur les biens communs en fraude des droits de la femme, et notamment celle des aliénations frauduleuses, à titre gratuit ou onéreux, de biens communs, a été l'objet, depuis une douzaine d'années, d'excellentes études et de décisions de jurisprudence accompagnées de notes aussi complètes qu'intéressantes.

Nous avons spécialement consulté sur cette question : PLANIOL et RIPERT, *Les régimes matrimoniaux*, par NAST, VIII, n^{os} 545 ss.; VÉRON, thèse précitée; BAUDOIN, *Des actes frauduleux du mari dans la gestion des biens de la communauté*; Sem. Jur., 1933, p. 1053 et 1077. — Paris, 24 juillet 1928, D.H. 1928. 564; S. 1929. 2. 97, et la note de Mlle BÉQUIGNON: *De la sanction des actes de gestion de la communauté accomplis par le mari en fraude des droits de la femme*, J. N., 1929, art. 35.927; v. sur cet arrêt, chronique de M. NAST, Rev. crit., 1930, p. 534.

Civ., 4 décembre 1929, D. 1931. 1. 81, et la note de M. NAST: *De la nullité des donations excédant les pouvoirs du mari et des actes faits par lui en fraude des droits de la femme*; S. 1931. 1. 361, et la note de M. HUBERT: *Des donations frauduleuses par le mari des biens de la communauté*.

Req., 27 janvier 1930, S. 1932. 1. 97, et la note de M. HUBERT: *Des aliénations à titre onéreux de biens communs consenties par le mari en fraude des droits de la femme*.

(Nous citerons de la manière suivante les notes de M. HUBERT : Hubert (I) celle rapportée au S. 1931. 1. 361, et Hubert (II), celle rapportée au S. 1932. 1. 97.).

(76) HUBERT (I), p. 361, col. 1.

la femme une action en indemnité contre le mari (art. 1382) ; travaux frauduleux d'amélioration du mari sur ses propres, pour lesquels il devra verser une récompense à la communauté (art. 1437) ; actes de divertissement ou de recel, donnant lieu aux pénalités de l'article 1477. Ces actes frauduleux ne soulèvent guère de difficultés, la femme, dans chaque hypothèse, trouvant dans le Code un moyen de sauvegarder ses intérêts. Il en est différemment pour d'autres actes frauduleux du mari : les aliénations réelles ou simulées de biens communs en réparation desquelles la doctrine et la jurisprudence accordent à la femme une action en nullité.

Très fréquentes en pratique, ces aliénations frauduleuses de biens communs par le mari peuvent être classées sous deux chefs : les unes sont expressément interdites au mari : donation d'immeubles, ou de meubles à titre universel ou avec réserve d'usufruit (prohibées par l'article 1422 C.C.), ou encore excessives (extension de la jurisprudence) : le mari agit alors par excès de pouvoir ; les autres sont, en principe, permises au mari : aliénations d'immeubles à titre onéreux, donations non excessives de meubles ou sans réserve d'usufruit. Dans l'une ou l'autre hypothèse, la doctrine et la jurisprudence accordent à la femme une action en nullité, dont les conditions et les effets ne sont généralement pas discutés ; sans rentrer dans les détails, il importe cependant d'en indiquer les lignes essentielles.

A. — Et tout d'abord, quelles sont les conditions de cette action en nullité contre les aliénations frauduleuses du mari ?

Seule la femme peut l'intenter, si toutefois elle n'a

pas participé à l'acte avec son mari; elle ne peut agir qu'après la dissolution de la communauté, après l'avoir acceptée et même d'après la majorité des auteurs, une fois le partage effectué, et seulement si le bien frauduleusement aliéné est mis dans son lot. Si la femme est renonçante, ou si, acceptant le bien frauduleusement aliéné est fictivement compris dans le lot de son mari, elle ne subit aucun préjudice, et par suite, n'a pas d'action.

La preuve du caractère frauduleux de l'acte du mari diffère suivant que la disposition du bien commun est à titre gratuit ou onéreux; dans le premier cas, il suffit à la femme de démontrer que l'acte était interdit au mari, et constitue un excès de pouvoir: la fraude résulte de la prohibition légale ou jurisprudentielle; dans le second, la femme doit prouver l'intention frauduleuse, le détournement de pouvoir qu'il a commis et la complicité du tiers acquéreur (comme pour l'action paulienne, et pour les mêmes raisons).

Qu'il s'agisse de disposition à titre gratuit ou onéreux, l'action ouverte à la femme réunissant les conditions qui viennent d'être indiquées, lui donne le choix entre une indemnité à la charge du mari ou des héritiers de celui-ci (c'est le seul mode de réparation pour les actes de détérioration matérielle, et pour les aliénations à titre onéreux, en cas de bonne foi du tiers), — et la nullité de l'acte entraînant la remise en nature à la femme du bien frauduleusement aliéné. Cette nullité ne produit d'ailleurs, comme le remarque M. Hubert (77) « que des effets singuliers purement et doublement relatifs »; elle ne fait pas forcément tom-

(77) HUBERT (I), p. 362, § 1.

ber l'acte frauduleux pour sa totalité, mais seulement dans la mesure où la femme puisse être à même de faire valoir ses droits sur la communauté; et d'autre part, cette nullité ne peut profiter qu'à la femme ou à ses héritiers. C'est ainsi que la Chambre civile de la Cour de Cassation a cassé un arrêt de Cour d'Appel, en tant qu'il avait fait bénéficier les enfants communs de la nullité de la donation de biens communs faite par leur père au cours de la communauté, nullité dont, seule, la femme devait bénéficier en qualité de commune en biens et de co-partageante (78). L'acte frauduleux malgré la nullité dont il est frappé, subsiste dans les rapports du mari et du tiers co-contratant; s'il s'agit d'un acte à titre gratuit, on refuse ordinairement au tiers acquéreur dépossédé, toute action contre le mari, mais si, au contraire, il s'agit d'un acte à titre onéreux on reconnaît au tiers une action contre le mari ou ses héritiers, dans la mesure de sa dépossession, « mais à l'encontre de la femme, sa victime, il ne pourra réclamer à la communauté en liquidation que la contre-valeur par lui remise au mari, c'est-à-dire le prix payé, s'il y a eu vente, le bien contre-aliéné, s'il y a eu échange, comme en matière d'action paulienne » (79).

Telles sont les conditions et les effets reconnus par la doctrine et la jurisprudence, à l'action de la femme contre les actes frauduleux du mari, soit à titre gratuit, soit à titre onéreux. Il importe maintenant de déterminer la nature juridique de cette action.

B. — Nature juridique de l'action donnée à la fem-

(78) Civ., 4 décembre 1929, précité.

(79) HUBERT (II), p. 98.

me contre les actes de disposition du mari en fraude de ses droits.

Plusieurs explications ont été proposées.

On a parfois soutenu que l'action de la femme était une action en récompense, ou encore, en indemnité. Le premier de ces systèmes a été soutenu par M. Wahl. Nous reconnaissons volontiers qu'une action en récompense peut être la seule possible pour la femme, lorsque l'acte frauduleux est constitué par un acte de disposition à titre onéreux en cas de bonne foi du tiers, et encore, même dans ce cas, ne serait-il pas injuste d'indemniser la femme dans la mesure de l'enrichissement du mari, et non de l'appauvrissement de celle-là (80). Et s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, le mari n'ayant retiré de l'acte aucun profit personnel, la femme n'a droit à aucune récompense; de plus, ce droit à récompense ne permet pas d'atteindre le tiers complice du mari. La théorie de M. Wahl ne peut donc être retenue.

La seconde explication: action en indemnité basée sur l'article 1382, a été adoptée par M. Nast (80bis) et par M. Véron, en ce qui concerne seulement les aliénations à titre onéreux (81): elle possède l'avantage sur la première de donner à la femme la possibilité d'atteindre le tiers complice, tenu solidairement avec le mari, comme co-auteur d'un délit civil, mais présente l'inconvénient de ne pas offrir à la femme le choix qui lui est reconnu sans conteste, entre une réparation en argent et la restitution du bien frauduleusement aliéné. Sans doute on peut fort bien concevoir

(80) WAHL, note sous Agen, 11 février 1896, S. 1899. 2. 73.

(80 bis) PLANIOL et RIPERT, Les régimes matrimoniaux, par NAST, VIII, n° 549.

(81) VÉRON, *op. cit.*, p. 282.

que le juge tenu d'assurer la protection des intérêts de la femme, condamne le tiers à restituer à la femme le bien frauduleusement aliéné, la remise des choses en état étant le meilleur moyen d'assurer la réparation complète du préjudice subi par la femme. Mais, avec M. Hubert, nous nous bornerons à constater que cette explication ne doit pas non plus être retenue, car pour être le meilleur procédé d'indemnisation, l'action en reprise qui appartient à la femme « n'est pas quoi-qu'on en dise une action en indemnité et dommages intérêts: l'idée n'en saurait fournir l'explication » (82).

D'autres auteurs ont soutenu que l'action de la femme contre les actes frauduleux du mari était une action en nullité.

Nullité absolue, déclare Mlle Béquignon (83), car la cause de l'acte du mari en fraude des droits de la femme est immorale et illicite. Cette explication qui n'a soulevé d'écho ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence, ne paraît pas satisfaisante: si l'action de la femme est dirigée contre un acte qui était interdit au mari, comment concevoir que l'obligation de celui-ci soit entachée d'une nullité absolue, puisque la cause immorale et illicite sur laquelle on voudrait baser l'action de la femme, n'existe pas dans les rapports du mari et de son contractant, mais est dirigée contre un tiers? D'autre part, si la femme reproche à son mari un acte qui, en principe lui est permis, on ne peut dire que l'acte soit nul, puisqu'il n'y manque rien.

M. Nast (84) voit au contraire dans l'action de la

(82) HUBERT (II), p. 98, § 2, II.

(83) Charlotte BÉQUIGNON, note précitée.

(84) NAST, note précitée.

femme une action en nullité relative, dont le fondement diffère, suivant qu'il s'agit d'un acte à titre gratuit ou à titre onéreux. Dans le premier cas, la nullité est basée sur l'article 1422: « dès l'instant, en effet, qu'il y a eu excès de pouvoir, l'acte ne saurait être opposé à la femme; de plus, cet acte, étant formellement prohibé par la loi elle-même, ne peut être que nul », (85) d'une nullité relative, comme toutes les nullités basées sur une idée de protection. Dans le second, la nullité est basée sur l'article 1382: le mari a commis une faute à l'égard de sa femme en disposant frauduleusement d'un bien commun et lui doit réparation dans les termes du droit commun; et comme l'article 1382 n'impose au juge aucune forme spéciale de réparation, celui-ci pourra, lorsque le co-contractant du mari à titre onéreux est de mauvaise foi, accorder à la femme, victime de la fraude, la réparation la plus complète, qui consiste « dans l'annulation de l'acte, dans la suppression de la situation juridique frauduleusement créée ». (86).

Bien qu'elle soit assez séduisante, l'explication de M. Nast, ne peut être retenue; elle soulève, en effet, quelques objections. Si l'action de la femme était une véritable action en nullité relative, elle produirait des effets toujours identiques à eux-mêmes, tant à l'égard du mari que du tiers co-contractant, sans qu'il soit possible de distinguer entre les tiers de bonne ou de mauvaise foi. M. Nast est du reste le premier à rendre compte de cette objection: il remarque que, si la nullité de l'acte frauduleux à titre gratuit produit des effets *erga omnes*, c'est-à-dire même à l'égard des

(85) NAST, *ibid.*, p. 81, 2^e col., *in fine*.

(86) NAST, *ibid.*, p. 82, 1^{re} col., *in medio*.

sous-acquéreurs du donataire (sous réserve de l'application de l'article 2279 C. C., pour les donations d'objets mobiliers), qu'ils soient de bonne ou de mauvaise foi, la nullité des actes à titres onéreux, au contraire ne produit que des effets limités et ne pourrait être invoquée contre le sous-acquéreur, qu'à la condition que celui-ci ait été lui-même de mauvaise foi. Et M. Nast, de conclure qu'« en réalité, il y a plutôt inopposabilité de l'acte à la femme de la part de ceux qui ont connu la fraude du mari, qu'annulation de l'acte » (87).

Cette notion d'inopposabilité des actes frauduleux rapproche l'action de la femme, de l'action paulienne, avec laquelle certains auteurs, notamment Le Courtois et Surville (88), Josserand (89), et quelques arrêts (90) ont paru la confondre.

Il n'est pas douteux que l'action de la femme présente certaines analogies avec l'action paulienne; ainsi, elles ont toutes deux la même cause, la fraude, exigent l'une et l'autre la complicité du tiers acquéreur, en cas d'aliénation à titre onéreux, et produisent également les mêmes effets au profit seulement de la victime de la fraude.

Mais ce rapprochement ne doit pas faire oublier les différences considérables qui séparent les deux actions: la femme agit contre son mari, bien qu'elle ne soit pas sa créancière, et que celui-ci ne soit pas insolvable; par ailleurs, elle doit attendre la dissolu-

(87) NAST, *ibid.*, p. 83, 2^e col., *in fine*.

(88) BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, *Du Contrat de mariage*, I, p. 649 et 650.

(89) JOSSERAND, III, n^o 164.

(90) L'arrêt de la Cour de cassation du 4 décembre 1929, précité, vise à la fois l'article 1422 et l'article 1167.

tion de la communauté; on admet également que le tiers co-contractant du mari, n'a pas la possibilité d'arrêter l'action de la femme en offrant une indemnité, ce qu'il pourrait faire s'il se trouvait en présence d'un créancier exerçant l'action paulienne.

Devant l'insuffisance des diverses explications proposées pour expliquer la nature juridique de l'action donnée à la femme contre les actes frauduleux du mari, certains auteurs estiment que cette action que l'on dit généralement « en nullité », est une action en inopposabilité, fondée comme l'action paulienne sur la fraude, mais donnée à la femme à titre de co-partageante, et non à titre de créancière. Cette opinion est soutenue par M. Hubert (91), aussi bien lorsqu'il s'agit d'actes défendus au mari que de ceux qui lui sont permis et par M. Nast, (92) dans l'hypothèse d'actes à titre onéreux.

La notion d'inopposabilité pour fraude présente seule l'avantage, ainsi que M. Hubert l'a fort bien démontré, d'expliquer tous les caractères reconnus à l'action de la femme contre les aliénations frauduleuses du mari; elle explique les solutions suivantes: 1° L'action n'appartient qu'à la femme, qui seule subit un préjudice, et seulement lors du partage de la communauté, puisque la femme agit comme copartageante; — 2° Cette action ouvre à la femme, dont les intérêts doivent être entièrement sauvegardés une option entre la reprise en nature et une indemnité en espèces; — et 3°, ne produit que des effets doublement relatifs, « puisque pour la femme, dont la fraude fait au tiers, non représenté par son mari, l'aliénation est

(91) HUBERT (I), p. 364 (IV), et (II). p. 99 (IV).

(92) NAST, note précitée, p. 83, *in fine*.

moins à proprement parler révoquée que réputée non écrite, *res inter alios acta*, à la manière de l'acte qui excède les pouvoirs d'un mandataire » (93).

L'action en nullité des actes frauduleux du mari que la doctrine et la jurisprudence reconnaissent à la femme, constituent à la fois une limitation aux pouvoirs du mari sur la communauté, et une réelle sauvegarde des intérêts de la femme. Aussi, on peut se demander quelle est l'utilité de l'article 243, qui autorise la femme à demander la nullité des obligations contractées par le mari à la charge de la communauté et des aliénations d'immeubles communs par lui faites postérieurement à la première ordonnance du juge et en fraude des droits de sa femme. L'étude de l'article 243 nous permettra d'apporter une réponse à cette question.

§ 2. — DE L'ACTION DONNÉE A LA FEMME PAR L'ARTICLE 243 C.C. CONTRE LES OBLIGATIONS ET LES ALIÉNATIONS FRAUDULEUSES DU MARI AU COURS DE L'INSTANCE EN DIVORCE.

Reprenant le même plan que celui que nous avons adopté pour l'étude de l'action générale, nous étudierons donc d'abord les conditions et les effets de l'action spéciale donnée à la femme par l'article 243, et ensuite la nature juridique de cette action.

A. — Conditions de l'action de l'article 243.

Il importe d'abord de déterminer quels sont les actes du mari dont la femme peut demander l'annulation en vertu de l'article 243.

Au termes de cet article, peuvent être annulées

(93) HUBERT (I), p. 364, 2^e col.

« toute obligation contractée par le mari à la charge de la communauté, toute aliénation par lui faite des immeubles qui en dépendent, postérieurement à la date de l'ordonnance dont il est fait mention à l'article 235 », c'est-à-dire de l'ordonnance autorisant le demandeur à citer son conjoint en conciliation.

Les termes de l'article 243 sont interprétés largement par la jurisprudence qui admet la femme à demander, en vertu de cet article, l'annulation des obligations et des aliénations du mari, même si celles-ci sont antérieures à l'ordonnance de l'article 235, à la condition toutefois de démontrer que l'acte argué de fraude ait été consommé en vue du divorce à intervenir, et pour porter atteinte à des droits dont l'ouverture était déjà prévue à son profit (94).

L'interprétation extensive des termes de l'article 243 permet à la femme de demander l'annulation des aliénations à titre onéreux de meubles communs non visés au texte. Cette omission des meubles se comprenait fort bien à l'époque du Code civil où régnait encore le vieux brocard « *res mobilis, res vilis* ». Mais depuis le développement considérable au cours du XIX^e siècle de la fortune mobilière (qu'il est bien banal de noter), la rédaction de l'article 243 est devenue trop étroite; aussi, la doctrine (95) et la jurisprudence (96), pour mieux assurer la protection des intérêts

(94) Civ., 23 janvier 1928, D. 1928. 1. 86 (avec le rapport du conseiller COLIN, et l'arrêt de la Cour de Riom); S. 1928. 1. 168; G.P. 1928. 1. 349; Rev. not. 1928, n° 22.226; J. N., 1928, art. 35.486.

(95) V. en particulier AUBRY et RAU, 5^e éd., t. VII, § 480, n° 4, p. 337. — BAUDRY-LACANTIERE et CAUVHEAU, Des personnes, 3^e éd., t. IV, n° 225.

(96) Aix, 10 mai 1906 (motifs), S. 1908. 2. 61, et les autorités citées en note; de très nombreuses décisions postérieures, notamment : Paris, 3 avril 1909, D. 1910. 2. 327; S. 1909.

de la femme n'ont pas hésité à étendre aux aliénations frauduleuses de biens communs, les termes de cet article. Le même raisonnement doit être tenu en ce qui concerne les aliénations d'immeubles communs à titre gratuit, déjà interdites au mari par l'article 1422: la femme peut les attaquer en basant son action sur l'article 243 et profiter des avantages que présente cette procédure sur celle de droit commun.

Examinons maintenant les conditions de l'action de l'article 243 C.C. La doctrine et la jurisprudence reconnaissent à la femme seule, la faculté de demander l'annulation des obligations et des aliénations contractées ou faites par le mari au cours de l'instance en divorce en fraude de ses droits, si toutefois elle n'a pas participé à l'acte. Ces conditions étaient également imposées à la femme utilisant l'action de droit commun. Mais si l'on pénètre plus avant, on s'aperçoit que les conditions d'application de l'action de l'article 243 diffèrent sensiblement de celles de l'action de droit commun, notamment en ce qui concerne l'époque à laquelle elle peut être intentée.

Pour intenter l'action de l'article 243, la femme n'est pas obligée d'attendre la dissolution de la communauté, ni, *a fortiori*, d'accepter cette communauté: elle peut agir dès qu'elle a connaissance de l'acte frauduleux du mari, le régime de communauté subsistant

2. 164; G.P. 1909. 1. 702, cet arrêt a très bien mis en valeur les raisons de l'extension de l'article 243 aux aliénations mobilières: « Par suite du développement du commerce et de l'industrie, cet actif mobilier, et notamment les fonds de commerce, constituent fréquemment un élément considérable et parfois le seul actif mobilier de la communauté; de pareilles aliénations sont plus faciles à réaliser que les aliénations immobilières, elles sont, par suite, plus dangereuses pour la femme. »

encore et même, alors que l'instance en divorce est éteinte par le désistement du demandeur ou la réconciliation des époux (97). La faculté pour la femme d'agir au cours de l'instance, à une époque où le régime de communauté n'est pas dissous est une des caractéristiques les plus intéressantes de l'action de l'article 243 et n'a pas, à notre avis, retenu l'attention des auteurs, autant qu'elle le méritait. M. Rouast, par exemple, se borne à constater que « le désistement de l'instance, ou la réconciliation, ne fait pas obstacle à la demande en nullité: la femme ne doit pas souffrir de la demande en divorce dans ses intérêts pécuniaires, même si celle-ci n'aboutit pas » (98). M. Hubert, de son côté déclare que l'action de l'article 243, n'ajoute rien au système jurisprudentiel de la fraude du mari, « sauf peut-être lorsque le divorce ou la séparation de corps n'ont pas abouti ». (99).

La jurisprudence fournit de nombreux exemples d'actions en nullité intentées par la femme au cours de l'instance en divorce, avant la dissolution de la communauté, (100) et même, au cas de désistement du demandeur en divorce (101).

(97) L'action en nullité des actes frauduleux du mari, basée sur la rétroactivité relative des effets du jugement de l'arrêt de divorce devenu définitif, suppose, au contraire, que le divorce ait été prononcé entre les époux.

(98) PLANIOL et RIPERT, *La famille*, par ROUAST, II, n° 619, p. 511.

(99) HUBERT (II), p. 99, 2^e col.

(100) V. par exemple : Paris, 5 novembre 1920, D. 1921. 2. 70; S. 1922. 2. 10; G.P. 1920. 2. 597; J. N., 1921, art. 32.998 (sommaire). — Trib. com. Seine, 6 juin 1923, G.P. 1923. 2. 402, confirmé par Paris, 30 octobre 1924; G.P. 1924. 2. 672.

(101) Trib. mixte du Caire, 19 mars 1935, S. 1935. 4. 10. Le Tribunal reproduit textuellement dans les motifs de son jugement le passage de M. ROUAST, qui vient d'être cité au texte,

En plus des conditions qui viennent d'être indiquées la femme doit rapporter la preuve de la fraude du mari; c'est ce qu'il y a lieu de déduire de l'article 243: toute aliénation, toute obligation sera déclarée nulle, « s'il est prouvé d'ailleurs qu'elle a été faite ou contractée en fraude des droits de la femme ». Cette proposition est-elle exacte dans sa généralité ? Nous ne le croyons pas: la femme n'a pas à rapporter la preuve du mari pour les actes qui lui sont interdits par l'article 1422.

En dehors de cette hypothèse particulière, la femme doit toujours rapporter la preuve de la fraude du mari, c'est-à-dire l'intention de celui-ci de porter atteinte à son droit de partage de la communauté, et non pas seulement la preuve du préjudice qu'elle subit, ce qui ne lui ouvrirait qu'une simple action en indemnité contre son mari. Les travaux préparatoires de la loi du 18 avril 1886 ne laissent aucun doute à ce sujet. Voici la réponse que fit le rapporteur de la loi, M. Labiche, à un député que lui avait demandé des explications sur le sens de l'expression « en fraude des droits de la femme ». « La disposition de notre article 243 veut dire que pour annuler les obligations faites par le mari, il ne suffit pas que ces opérations constituent un préjudice pour la communauté, il est de plus nécessaire que ces opérations soient faites en fraude des droits de la femme. La fraude implique la mauvaise foi, la mauvaise intention » (102).

La femme peut faire la preuve de la fraude du mari par tous moyens: écrits, témoins, présomptions; la preuve par commune renommée n'est pas admise,

(102) S. Lois annotées, 1886, p. 55, note 24.

faute de texte l'autorisant expressément. Elle doit aussi comme pour l'action de droit commun et pour les mêmes raisons rapporter la preuve de la complicité du tiers qui a contracté avec le mari, dans l'hypothèse seulement où l'acte est à titre onéreux (102 bis).

La jurisprudence se montre favorable à la femme, et, dès que celle-ci démontre le préjudice qu'elle subit, admet facilement la fraude du mari et du tiers complice, qui résulte le plus souvent pour le premier de circonstances telles que la vileté du prix (103), la qualité de la personne avec laquelle le mari a contracté (sa maîtresse par exemple) (104), ou la précipitation avec laquelle il a agi (105), et pour le second (tiers co-contractant), de la connaissance, au moment de l'acte frauduleux de la procédure de divorce ou de séparation de corps (106).

(102 bis) La solution contraire a été soutenue par la Cour de Colmar, dans son arrêt précité du 25 février 1857. Le tiers, dit la Cour, « ayant contracté avec le mari alors que l'action en séparation de corps était déjà intentée, alors même qu'elle avait pris par la procédure suivie un certain caractère de publicité, celui-ci n'a plus contracté qu'à ses risques et périls, avec les chances dont le menaçait la séparation de corps, et le fait d'un contrat passé avec le mari déjà attaqué dans ses pouvoirs et son autorité ». La Cour de Colmar, dans cet arrêt, était allée un peu trop loin, et sacrifiait les intérêts des tiers de bonne foi, qui peuvent fort bien, surtout dans les grandes villes, ignorer l'existence de l'instance, la demande en divorce ou séparation de corps n'étant soumise à aucune mesure de publicité. Dans le même sens que la Cour de Colmar, v. Paris, 3 avril 1909, précité.

(103) Paris, 5 novembre 1920, précité. — Lyon, 8 juillet 1931, Rev. not., 1933, n° 24.971.

(104) Trib. com. Seine, 6 juin 1923, précité, confirmé par Paris, 30 octobre 1924, précité.

(105) Trib. c. Seine, 20 janvier 1927, G.P. 1927. 1. 329; J. N. 1927, p. 428; Rev. not. 1927, n° 21.640, confirmé par Paris, 19 juillet 1928, G.P. 1928. 2. 361; J. N., 1930, art. 36.061; Rev. not. 1928, n° 22.620.

(106) Lyon, 5 mars 1925, Rev. not. 1925, n° 20.664. — Trib. civ. Marseille, 15 mars 1928, G.P. 1928. 2. 162.

Inversement, si la femme ne rapporte pas la preuve du préjudice qu'elle a subi, de la fraude du mari, et le cas échéant, de celle du tiers, la jurisprudence la déboute purement et simplement de sa demande. L'instance en divorce n'a pas pour effet, ainsi que nous l'avons vu plus haut (107) de retirer au mari la qualité de chef de communauté qui lui est conférée par l'article 1421. Le mari conserve intégralement les pouvoirs étendus d'administration et d'aliénation qu'il tient de cette qualité, à la condition de ne pas agir en fraude des droits de la femme ; cette limitation des pouvoirs du mari existe, on le sait, en dehors de l'instance en divorce, et l'article 243 n'est qu'une application spéciale et renforcée du principe général. Aussi, la jurisprudence rejette la demande de la femme tendant à l'annulation d'une aliénation de bien commun faite par le mari au cours de l'instance, si cette aliénation a été consentie à un prix normal et si, notamment les droits de la femme sur ce prix ont été réservés par une consignation entre les mains d'un notaire, ou à la Caisse des Dépôts et Consignations. En application de ces principes, un arrêt récent de la Cour de Cassation (108) a refusé de prononcer à la demande de la femme, la vente d'un immeuble commun faite par le mari en cours d'instance, à juste prix, après une tentative demeurée infructueuse de vente aux enchères sur mise à prix d'une pareille somme. « Il n'est

(107) V. *supra*, p. 78 ss.

(108) Req., 18 novembre 1935, Sem. Jur., 1936, p. 89. — Dans le même sens, à l'occasion d'une vente de fonds de commerce faite « régulièrement, à un prix normal, après publication et inscription du privilège du vendeur », v. Trib. com. Lyon, 5 avril 1921, Rev. not. 1922, n° 19.213 (sommaire); Gaz. Jur. et Com. Lyon, 1921, p. 706.

résulté de cette vente, pour la dame S., déclare l'arrêt de la Cour de Cassation, aucun préjudice, et enfin, on ne saurait suspecter la bonne foi des acquéreurs qui n'ont donné leur consentement à l'opération litigieuse que pour compenser à due concurrence et recouvrer le montant d'un prêt qu'ils avaient fait précédemment au vendeur ».

M. Véron a donné de l'article 243, une explication assez différente de celle qui vient d'être faite. Pour lui, le mari perd, à compter du jour de la demande, la plénitude des pouvoirs que lui confère le régime de la communauté : il est devenu suspect; sans doute conserve-t-il, au cours de l'instance, l'administration de la communauté, « mais il a l'obligation de ne plus exercer ses pouvoirs, jusqu'à nouvel ordre, que pour les besoins de l'administration de la communauté. Et l'idée de fraude apparaît dès qu'il sort de cette limite étroite et qu'il accomplit un acte qui n'était pas nécessaire pour cette administration provisoire » (109). Et M. Véron en déduit, à l'encontre du mari, une véritable présomption de fraude, qui dispense la femme de rapporter l'intention frauduleuse de son époux, pour tous les actes non urgents. « Il lui suffira, pour faire la preuve de la fraude aux termes de l'article 243, de démontrer le caractère anormal ou illicite de l'acte du mari. Par anormal, nous entendons tout acte qui n'était pas urgent ou qui n'était pas nécessaire » (110).

M. Véron trouve la justification de sa théorie dans les travaux préparatoires de l'article 271. Il rappelle que l'article 38 du projet de la Commission du Gou-

(109) VÉRON, *op. cit.*, p. 234, *in fine*.

(110) VÉRON, *op. cit.*, p. 243.

vernement, du 24 Thermidor an VIII, était ainsi rédigé : « A compter du jour de la demande en divorce, le mari ne peut plus contracter aucune dette à la charge de la communauté, ni disposer des immeubles qui la composent. Toute aliénation qu'il en fait est nulle. » (111). Ce projet, qui contenait indiscutablement une présomption de fraude à l'encontre du mari, ne fut pas retenu, et deux ans plus tard, fut remplacé par le texte suivant (article 7 du projet. Séance du 26 Vendémiaire an X) : « A compter du jour de la demande en divorce, l'état de la communauté ne pourra être changé relativement à la femme, ni par les engagements que le mari pourra contracter, ni par les aliénations qu'il pourra faire. Le mari en devra la garantie à sa femme et celle-ci aura une action pour prévenir ou pour faire réparer les fraudes faites à son préjudice. » (112).

Mais, comme on craignait que ce texte n'entrave outre mesure la liberté d'action du mari, Portalis déclara qu'il suffirait de dire que les actes frauduleux seraient nuls. (113). Et c'est dans ces conditions que fut adopté le texte de l'article 271 (243 depuis la loi de 1886). Et M. Véron de conclure, après ce rappel historique, que l'article 243 contient une présomption légale de fraude, « la preuve exigée par l'article 243 devant être non pas celle de l'intention frauduleuse du mari, mais celle plus objective du caractère illicite de l'acte. » (114).

La démonstration de M. Véron est-elle parfaite-

(111) FENET, t. II, p. 59.

(112) FENET, t. IX, p. 350.

(113) FENET, t. IX, p. 442 et 460.

(114) VÉRON, *op. cit.*, p. 236.

ment convaincante ? Nous ne le croyons pas : aucun article du Code Civil ne retire au mari, pendant la litispendance, les pouvoirs étendus d'administration et d'aliénation que la loi lui confère sur la communauté. Par ailleurs, l'article 243 est vraiment trop catégorique : il exige formellement la preuve de la fraude du mari, et cette preuve ne résulte pas forcément de celle du caractère « anormal », « non nécessaire », ou « illicite » de l'acte du mari, qui, en fait, peut se trouver coïncider avec la fraude du mari, mais ne se confond pas nécessairement avec elle.

L'opinion de M. Véron a été reprise par M. Baudoin (115), pour qui l'interprétation libérale que la jurisprudence donne de l'article 243, ne se comprendrait plus, si l'on se refuse à reconnaître à ce texte le caractère d'une présomption de fraude. Nous reconnaissons volontiers avec cet auteur que la jurisprudence se montre très favorable à l'action de la femme en instance de divorce contre les agissements frauduleux de son mari. Cependant, nous estimons incontestable que le fardeau de la preuve — si léger que la jurisprudence le rende à la femme, — incombe à cette dernière, malgré les démonstrations de MM. Véron et Baudoin.

Bien que, d'après les termes de l'article 243 et d'après la jurisprudence, la preuve de la fraude du mari demeure à la charge de la femme, il n'est pas douteux que le mari se trouve, pendant la litispendance, frappé d'un préjugé défavorable; il est suspect : les aliénations de biens communs et les obligations à la charge de la communauté qu'il a faites ou contractées

(115) BAUDOIN, article cité, p. 1059.

au cours de l'instance ne doivent pas être présumées frauduleuses aux droits de la femme, comme le croient à tort, selon nous, MM. Véron et Baudoin, mais il est incontestable que les tribunaux accueillent favorablement les demandes en nullité formées par la femme, dès qu'ils ont le moindre doute sur les intentions honnêtes du mari.

Aussi, sommes-nous entièrement d'accord avec MM. Percerou et Desserteaux, qui, dans leur ouvrage consacré à la faillite (116), observent que l'institution de la période suspecte en matière de faillite, antérieure au jugement déclaratif, n'est pas absolument spéciale au droit commercial, mais peut être rapprochée de certaines situations que l'on rencontre en droit civil, et notamment de celle du mari au cours de l'instance en divorce (117). Dans les deux hypothèses, on se trouve bien en présence d'une personne menacée d'un retrait de pouvoir, et dont les actes accomplis au cours de la période précédant ce retrait, peuvent être attaqués avec une facilité particulière. Sans vouloir comparer la situation du failli et celle du mari, il importe cependant de remarquer entre elles une différence importante : la période suspecte en matière de faillite entraîne des nullités de droit (446 C. Com.) et des nullités facultatives (447, 448, 2^e et 3^e al.) ; celle en matière de divorce, au contraire, n'entraîne que des nullités facultatives (243 C.C.).

(116) PERCEROU, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires*, 2^e éd., 1935, avec la collaboration de M. DESSERTAUX, T. I, n° 565, p. 751, texte et note 1.

(117) Il existe aussi une période suspecte pour l'interdit (503 C. c.), pour la personne munie d'un conseil judiciaire. (Req., 11 décembre 1911, D. 1913. 1. 430, et 25 octobre 1920, D. 1921. 1. 32.).

Telles sont les conditions de l'action que l'article 243 donne à la femme, examinons maintenant quels en sont les effets.

B. — Effets de l'action de l'article 243.

Si le tribunal, admettant la demande de la femme, prononce la nullité de l'acte frauduleux, quels en seront les effets ?

Que la nullité de l'acte ait été prononcée antérieurement ou postérieurement au jour du jugement ou de l'arrêt de divorce devenu définitif, l'effet propre de l'action de l'article 243, à l'égard de la femme, est le suivant : le bien frauduleusement aliéné rentre dans la communauté, l'obligation frauduleusement souscrite est tenue pour inexistante.

Si la femme renonce à la communauté (cette hypothèse doit se produire assez rarement dans la pratique : pourquoi la femme aurait-elle demandé la nullité de l'acte frauduleux du mari, si, par la suite, elle devait renoncer à la communauté ?), l'aliénation ou l'obligation du mari se trouvent validées; si, au contraire, elle accepte la communauté, à la condition que le bien frauduleusement aliéné ou l'obligation frauduleusement contractée soient mis dans son lot, l'action de l'article 243 produit alors des effets identiques à ceux de l'action de droit commun, avec laquelle elle se confond : une option s'ouvre alors que la femme, entre une indemnité en argent et la restitution en nature du bien aliéné; s'il s'agit d'une obligation frauduleuse, elle est tenue comme inexistante à l'égard de la femme.

Les autres effets de l'action de l'article 243 sont

également identiques à ceux de l'action de droit commun : ils sont doublement relatifs; l'acte frauduleux ne se trouve annulé que dans la mesure où l'exige l'intérêt de la femme, et la nullité prononcée ne peut en aucun cas profiter au mari ou à ses héritiers.

Il importe maintenant de déterminer la nature juridique de l'action de l'article 243.

C. — Nature juridique de l'action de l'article 243.

Les théories sur la nature de l'action donnée à la femme par l'article 243 sont moins nombreuses que celles relatives à l'action de droit commun, et cela, pour deux raisons : la première, c'est que l'article 243 prévoit la sanction de la fraude : la nullité; la seconde est due aux travaux préparatoires de la loi du 18 avril 1886, auxquels il est intéressant de se reporter, par suite de l'influence qu'ils exercèrent sur la doctrine et la jurisprudence.

Lors de la discussion du texte de l'ancien article 271, un député aurait voulu que l'on substituât l'expression « au préjudice des droits de la femme » à celle « en fraude des droits de la femme ». Voici la réponse que lui fit le rapporteur de la loi : « La commission vous demande avec instance de maintenir l'expression « en fraude », qui est absolument usuelle en droit, et dont le sens a été bien des fois défini par la jurisprudence. Nous avons cité la disposition du Code Civil où il est dit « en fraude des créanciers », parce qu'il y a là une disposition appliquée dans des circonstances différentes, il est vrai, mais qui est déterminée par la loi, par la doctrine, et par la jurisprudence... La fraude est du reste définie par la loi

et par la jurisprudence, et pour cette définition nous nous en référons au droit commun. » (118).

Malheureusement, ni la loi, ni la jurisprudence ne définissent la fraude, et dans ces conditions, il était évidemment difficile au rapporteur de la loi de s'y référer. Quoi qu'il en soit, aucun doute ne peut subsister sur la pensée du législateur de 1886, qui, incontestablement, a voulu assimiler l'action de l'article 243 à l'action paulienne (1167 C.C.).

A la suite des travaux préparatoires, la majorité des auteurs (119) et de nombreuses décisions de jurisprudence (120) ont considéré l'action de l'article 243 comme une application de l'action paulienne, et ont voulu lui imposer les mêmes conditions et les mêmes effets qu'à celle-là.

Cette opinion ne résiste pas à l'examen, si l'on compare l'une et l'autre de ces actions. Qu'il y ait entre elles certaines analogies, nul ne songe à le contester : toutes deux distinguent les actes à titre gratuit et à titre onéreux, n'exigent la complicité du tiers que dans le second cas seulement, laissant subsister l'acte frappé de fraude dans les rapports des deux co-contractants, malgré la révocation. Mais, en dehors de ces analogies indéniables, l'action de l'article 243, comme du reste l'action de droit commun, présente des caractères nettement différents de ceux de la paulienne ;

(118) S. Lois annotées, 1886, p. 54 et 55, note 24.

(119) BAUDRY-LACANTINERIE, *Précis de droit civil*, I, p. 364. — BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU, IV, p. 225. — BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE, I, n° 654, II, 990. — BEUDANT, *L'état et la capacité des personnes*, II, p. 69. — COLIN et CAPITANT, I, p. 233, in fine. — CAPITANT, *Rev. crit.*, 1929, crit., 1929, p. 117, n° 40. — JOSSERAND, III, n° 252, p. 134.

(120) Paris, 3 avril 1909, D. 1910. 2. 327; S. 1909. 2. 166; G.P. 1909. 1. 702. — Paris, 5 novembre 1920, précité.

elle n'exige pas, notamment, que la femme soit créancière du mari, ni l'insolvabilité de ce dernier.

En présence de différences aussi profondes, pourquoi rapprocher de l'action paulienne l'action de la femme contre les actes frauduleux du mari (de droit commun, ou basée sur l'article 243) ? En voici la raison : le Code Civil ne comportant pas de théorie générale de la fraude, les rédacteurs de la loi de 1886 entraînant à leur suite les auteurs et la jurisprudence, ont pensé que la fraude subie par la femme constituait un cas particulier de la fraude subie par les créanciers et prévue par l'article 1167, qu'ils ont pris pour un texte général, mais qui, en réalité, comme l'article 243 et la théorie jurisprudentielle de la fraude de la femme, constitue « l'application de cette règle générale que la victime de la fraude doit être protégée. » (121).

La jurisprudence a longtemps suivi dans leurs errements, la majorité des auteurs. Dans un arrêt en date du 3 avril 1909, la Cour de Paris (122), pour accueillir une demande formée par une femme, tendant à obtenir la nullité de la vente d'un fonds de commerce réalisée par le mari au cours de l'instance en divorce, prend soin de constater que la femme est créancière de son mari (en raison d'une pension alimentaire non payée), et qu'une vente après saisie faite sur le mari n'avait pas été suffisante pour payer les causes de la saisie; et dans un autre arrêt en date du 5 novembre

(121) PLANIOL et RIPERT, La famille, par ROUAST, II, n° 619, *in fine*. — Dans le même sens, JOSSEMAND, « Les mobiles dans les actes juridiques de droit privé », Paris, 1928, n° 179, p. 222; DEMOGUE, Effets des obligations, VII, n° 1125, p. 512.

(122) Paris, 3 avril 1909, précité.

1920, la même Cour (123) se réfère expressément à l'action paulienne pour exiger la preuve de la mauvaise foi du tiers co-contractant à titre onéreux.

La limite extrême des errements de la jurisprudence, dans cet ordre d'idées, a été atteinte par un jugement du tribunal civil de Valence, en date du 29 juin 1925 (124), qui a invoqué l'article 1167, pour permettre à une femme en instance de divorce de demander l'annulation du bail d'un immeuble propre à celle-ci, contracté à vil prix par le mari quelques jours avant le début de l'instance. Le rapprochement effectué par le tribunal de Valence entre la fraude du mari dans l'administration des propres de sa femme, et celle d'un débiteur à l'égard de son créancier, est absolument injustifiable : dans les deux cas, on se trouve bien en présence d'un acte dommageable et frauduleux, mais ceci constaté, aucune des conditions de l'action paulienne ne se retrouve dans l'action de la femme, qui n'a pas besoin d'être créancière de son mari, et n'a évidemment pas à prouver l'insolvabilité de son mari. Une fois encore, la jurisprudence a confondu l'article 1167, application spéciale du principe général « *fraus omnia corrumpit* », avec ce principe lui-même.

Le conseiller Colin, dans un rapport à la Cour de Cassation (125), admet aussi que l'article 243 est une « simple application de l'action paulienne ». « Cette manière de voir, ajoute l'éminent magistrat, est la

(123) Paris, 5 novembre 1920, précité. — Dans ce sens, v. également : Riom, 21 juillet 1924 et, sur pourvoi, Civ., 21 janv. 1928, précité.

(124) Trib. civ. Valence, 29 juin 1925, G.P. 1925. 2. 357.

(125) Conseiller COLIN, rapport présenté à la Cour de Cassation, civ. 23 janvier 1928, précité.

seule conforme à l'historique de l'article 271. Comme le rappelle opportunément le mémoire en défense, lorsqu'a été promulgué et rédigé cet article 271, on a devancé la rédaction de l'article 1167 (126), et simplement consacré en la matière un renvoi fait d'avance à la théorie (à formuler ensuite) de l'action paulienne. »

Malgré les travaux préparatoires, malgré l'autorité d'auteurs éminents et la presque unanimité de la jurisprudence, certains auteurs se sont refusés à assimiler l'action de l'article 243 à l'action paulienne. Les règles qui régissent cette dernière, écrivent Aubry et Rau, « n'y sont pas indistinctement applicables, comme on paraît généralement le penser. C'est ainsi que, dans la matière qui nous occupe, il n'y a pas lieu de tenir compte du caractère gratuit ou onéreux des actes attaqués. En effet, les donations immobilières faites par le mari ne sont pas simplement révocables par application de l'article 1167, mais annulables comme excédant les limites de ses pouvoirs; quant aux donations d'objets mobiliers, au contraire, elles ne peuvent être révoquées en raison du préjudice seul qu'elles ont causé à la femme, puisqu'elles rentrent dans le droit de disposition du mari, de sorte qu'elles ne sont révocables que comme frauduleuses et qu'autant que les tiers ont été complices de la fraude. » (127). En résumé, Aubry et Rau estiment que les dispositions du mari qui, en principe, lui sont interdites, sont

(126) L'article 271 faisait partie d'un titre promulgué le 31 mai 1803, alors que le titre où se trouve l'article 1167 n'a été promulgué que le 13 février 1804; v. FENET, t. IX, p. 541 et 564; t. XIII, p. 449.

(127) AUBRY et RAU, 5^e éd., VII, § 480, p. 327, note 5.

annulables pour excès de pouvoir, et celles qui lui sont permises sont révocables comme frauduleuses.

Nous avons déjà exposé, dans le précédent paragraphe, consacré à l'action de droit commun (128), que l'action de la femme ne pouvait être une action en nullité, parce que les effets de celle-ci sont différents des effets de celle-là; quant aux aliénations, en principe permises au mari, dire qu'elles sont révocables, c'est se référer à l'action paulienne, ce qui, nous le savons, n'est pas possible.

Pour M. Véron, la nature de l'action donnée à la femme contre les agissements frauduleux du mari au cours de l'instance, diffère s'il s'agit d'une aliénation immobilière, ou au contraire, d'une aliénation mobilière. Dans le premier cas, l'article 243 constitue, ainsi que nous l'avons vu précédemment, une présomption de fraude à l'encontre du mari; dans le second, M. Véron applique le droit commun : pour cet auteur, l'extension de l'article 243 aux aliénations de meubles est contraire à la pensée du législateur, et s'explique par le fait qu'en doctrine comme en jurisprudence, on ne donne à l'article 243 que la valeur d'un rappel du principe de l'article 1167; l'article 243 n'établit une véritable présomption de fraude qu'à l'égard des aliénations d'immeubles, et sa rédaction, trop nette, ne peut être aussi ouvertement tournée; en conséquence, la femme ne peut faire tomber les aliénations de meubles qu'en prouvant la fraude du mari. (129).

La théorie de M. Véron ne peut être retenue : nous avons déjà eu l'occasion de constater que l'article 243

(128) V. *supra*, p. 146.

(129) VÉRON, *op. cit.*, p. 223 ss.

ne contenait pas de présomption de fraude à l'encourtre du mari (130), et que l'esprit de protection des intérêts de la femme, qui se trouve à la base de cet article, permettait de l'étendre aux aliénations mobilières. (131).

M. Hubert, rejetant la théorie classique de l'action paulienne, et les théories particulières d'Aubry et Rau et de M. Véron, estime que l'action de l'article 243 est en réalité, comme l'action de droit commun, et pour les mêmes raisons, « une action spéciale en inopposabilité pour fraude, à elle accordée en qualité de co-partageante », « ce qui ramène à l'unité toute la théorie des aliénations frauduleuses de biens communs. » (132).

Tout en reconnaissant que, de toutes les explications proposées, celle de M. Hubert est la plus satisfaisante, nous sommes porté à croire qu'elle ne donne pas encore une parfaite explication de la nature de l'action donnée à la femme par l'article 243.

Pour M. Hubert, dans l'hypothèse de l'action spéciale de l'article 243, comme du reste, dans celle de l'action de droit commun, c'est toujours en qualité de co-partageante que la femme agit. Dans l'hypothèse de l'action de droit commun, l'opinion de M. Hubert est incontestable, puisque la femme ne peut agir que postérieurement au partage de la communauté; elle ne l'est plus dans l'hypothèse de l'action de l'article 243.

On sait que les auteurs et la jurisprudence autorisent la femme à poursuivre, en vertu de cet article,

(130) V. *supra*. p. 144.

(131) V. *supra*, p. 142.

(132) HUBERT, II, § 3, p. 99.

l'annulation des actes frauduleux du mari, par lui faits postérieurement à l'ordonnance de l'article 235, ou tout au moins en vue de l'instance qui allait s'ouvrir, — avant la dissolution de la communauté, au cours de l'instance en divorce, et même en cas de disparition de l'instance, à la suite du désistement du demandeur ou de la réconciliation des époux. Dans toutes ces hypothèses, tant que le régime matrimonial des époux n'est pas encore dissous, l'action de la femme, si elle est admise par le tribunal, a pour résultat, à l'égard de la femme seulement, de replacer dans le patrimoine commun, le bien qui en était frauduleusement sorti, ou de faire considérer comme inexistante l'obligation frauduleusement contractée par le mari. La remise de la communauté dans l'état où elle se trouvait avant l'acte frauduleux du mari est provisoire, et ne préjuge de rien : c'est seulement après la dissolution du régime matrimonial et si elle accepte la communauté, que la femme sera admise, si la protection de ses intérêts dans sa part de communauté l'exige, à exercer son option entre une indemnité en espèces, ou la restitution en nature du bien frauduleusement aliéné. C'est alors seulement que l'on peut dire que l'action de la femme basée sur l'article 243 est une action en inopposabilité pour fraude; à notre sens, cette action, exercée avant la dissolution du régime matrimonial, ne peut être qu'une mesure conservatoire, exercée à titre de copropriétaire de la masse commune, et qui ne se transforme en action en inopposabilité pour fraude, qu'au moment de l'acceptation de la communauté par la femme.

La solution à laquelle nous nous rallions, avait été aperçue par Mlle Béquignon: « Pendant l'instance en

divorce, il faut autoriser la femme à agir en nullité. L'article 242 vient considérablement restreindre les prérogatives du mari dans l'administration de la communauté; la femme acquiert le droit de faire des actes conservatoires des biens communs, et cette action (de l'article 243), tendant à conserver un bien commun, ne nous paraît pas sortir du cadre des mesures conservatoires. » (133).

Telle est la solution que nous proposons pour résoudre le problème de la nature de l'action donnée à la femme par l'article 243 : c'est une mesure conservatoire comme celles de l'article 242 : dans les deux cas, le législateur a voulu assurer la protection des intérêts de la femme sur la communauté : préventivement dans l'hypothèse de l'article 242, à titre de sanction, dans celle de l'article 243.

*
**

Ayant ainsi déterminé la nature juridique de l'action de l'article 243, il nous reste désormais à répondre à la question que nous nous étions posée au début de cette Section : Est-il possible d'attribuer au mari commun une action analogue à celle de l'article 243, pour obtenir l'annulation des aliénations de biens réservés faites par la femme au cours de l'instance en divorce, en fraude des droits de son époux ?

La réponse à cette question ne soulève aucune difficulté sérieuse. En effet, la situation du mari commu-

(133) Mlle BÉQUIGNON, note précitée, p. 98, 3^e col., *in fine*. — V. aussi dans ce sens, PAUCOT, *op. cit.*, p. 135; cet auteur estime que la place occupée dans le Code par l'article 243 doit le faire considérer comme une mesure conservatoire.

se trouvant en présence d'aliénations frauduleuses sur biens réservés effectuées par la femme pendant la litispendance, est exactement l'inverse de celle qui est prévue par l'article 243 au profit de la femme : il s'agit dans les deux cas de biens communs, lesquels, en cas de renonciation par la femme à la communauté, seront considérés comme ayant toujours appartenu soit à la femme (biens réservés), soit au mari (biens communs). Dans les deux cas, les dangers sont identiques : la femme, contre l'administration de son mari, dispose de mesures conservatoires et de l'action de l'article 243, — le mari, contre l'administration de la femme, ne dispose, jusqu'ici, que de mesures conservatoires; il n'y a aucune raison pour ne pas lui reconnaître, contre les actes frauduleux de sa femme, une action analogue à celle de l'article 243, basée sur les mêmes principes et possédant les mêmes caractéristiques : action conservatoire, jusqu'à ce que la femme ait pris parti, action en inopposabilité pour fraude, après l'acceptation de la femme.

Cette question de l'assimilation de l'administration de la femme à celle du mari, commencée par la jurisprudence sur le terrain des mesures conservatoires, n'a retenu l'attention que d'un seul auteur, M. Jean-Ch. Laurent, qui a fort bien noté l'intérêt que présenterait l'attribution au mari d'une action pour fraude sur les biens réservés de sa femme, analogue à celle de l'article 243 : « Pas plus que les mesures conservatoires, cette protection accordée au mari ne ferait double emploi avec le retrait (de la loi du 13 juillet 1907). L'action de fraude vise, en effet, à rendre l'acte non avenué à l'égard de celui qui l'intente; la procédure de retrait, au contraire, n'ayant aucun effet

rétroactif, laisse les choses en état et n'est utile que pour l'avenir. Il n'est pas douteux qu'aucun tribunal, à l'heure actuelle, n'a eu à se prononcer sur ce point. Mais l'anticipation ne présente pas un caractère artificiel, elle est dans la logique des solutions présentement admises, et ne se heurte à aucun principe, de quelque nature qu'il soit. » (134).

Il nous reste à exprimer l'espoir que la jurisprudence aura l'occasion d'adopter la théorie de M. Jean-Ch. Laurent, et établira ainsi un parallélisme logique et heureux, entre l'administration du mari et celle de la femme sur les biens communs.

*
**

Avant de terminer notre étude, nous devons, dans le Chapitre III, donner quelques indications sur un problème d'une grande importance théorique et pratique, celui de la validité des règlements anticipés de communauté, intervenus entre époux, au cours de l'instance en divorce.

(134) Jean-Charles LAURENT, note au D.P. 1933. 2. 13, sous Trib. civ. Bayeux, 30 juin 1932.

CHAPITRE III

De la liquidation anticipée de la communauté intervenue entre époux au cours de l'ins- tance en divorce.

Il arrive très fréquemment qu'au cours d'une instance en divorce, ou en séparation de corps, les époux procèdent, dans un acte sous seings privés (et parfois même dans un acte notarié), d'après un projet qui leur est soumis par leurs conseils (avoués ou notaires), à la liquidation anticipée de la communauté existant entre eux, et au règlement de leurs droits et reprises. Ce partage anticipé est nécessairement conditionnel et subordonné à l'acceptation définitive de la femme, dont l'attitude démontrera si elle persiste dans son attitude première; « si elle accepte, déclare M. Gaudemet, qui a soutenu avec une belle ténacité la validité de ces opérations, le partage est rétroactivement validé; si elle renonce, il est rétroactivement tenu pour non avenu. » (1). Dans la pensée de cet auteur, la femme, en acceptant la communauté, se trouve dans l'obligation de respecter le règlement anticipé, auquel il n'est pas possible d'apporter la moindre modification.

(1) GAUDEMET, Rev. trim. 1922, p. 611.

La fréquence pratique des liquidations anticipées est une preuve certaine de leur utilité : elles évitent aux époux, lorsque le jugement ou l'arrêt de divorce est devenu définitif, toute discussion relative à leurs intérêts pécuniaires, et facilite le partage, dont la teneur sera identique à celle du projet établi au cours de l'instance.

La question des liquidations anticipées de communauté, au cours de l'instance en divorce, ne nous retiendra que fort peu de temps : elle a déjà été l'objet d'études d'auteurs éminents (2), et d'autre part, elle est résolue par la jurisprudence et la majorité des auteurs, dans le sens de la nullité de ces opérations, qui restent cependant d'un usage très répandu dans la pratique.

Les liquidations anticipées de communauté, ainsi que l'ont soutenu M. Gaudemet (3), et une décision de la Cour d'appel d'Aix (4), ne sont incompatibles avec aucun des grands principes du régime de commu-

(2) PLANIOL et RIPERT, Les régimes matrimoniaux, par NAST, IX, n° 683.

(3) GAUDEMET, chroniques, Rev. trim., 1922, p. 609; 1923, p. 977; 1924, p. 96; 1925, p. 889; 1927, p. 184 et 416; 1929, p. 753. — M. RICHARDOT, dans son excellente thèse consacrée aux *Pactes de séparation amiable entre époux*, Dijon, 1930, n'a pas spécialement envisagé l'hypothèse des règlements de communauté intervenus au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps, si ce n'est pour constater leur condamnation par la jurisprudence, comme contraires à la règle de l'immutabilité des conventions matrimoniales (p. 375, note 3). — Mais il n'est pas douteux que les pactes de séparation amiable, établis devant notaire, tout au moins lorsque ces pactes comportent une liquidation pécuniaire, dont M. Richardot voudrait voir la validité reconnue par le législateur, engloberaient les liquidations anticipées de communauté au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps.)

(4) Aix, 25 janvier 1922, G.P. 1922. 1. 265; J.N. 1922, art. 33.280; sur cet arrêt, chronique précitée de M. GAUDEMET, Rev. trim., 1922, p. 609.

nauté : ils n'enlèvent pas à la femme la faculté d'option sur la communauté, que lui réserve l'article 1453 C. C., puisque leur efficacité est subordonnée à l'acceptation ultérieure de la communauté dissoute. — Par ailleurs, les liquidations anticipées ne sont pas davantage en contradiction avec le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, posé par l'article 1395, car, par suite de l'effet rétroactif de l'article 252 *in fine*, « il est devenu juridiquement vrai de dire que l'acte litigieux est postérieur à la dissolution de la communauté » (motifs de l'arrêt de la Cour d'Aix).

En dépit de ces arguments, la jurisprudence (5), appuyée par la majorité des auteurs (6), frappe de nullité les liquidations anticipées de communauté, lesquelles, si elles ne portent pas atteinte au principe de l'article 1453 C.C., sont absolument inconciliables avec celui de l'immutabilité des conventions matrimoniales. — L'article 252 *in fine*, que l'on invoque pour éluider l'application de ce principe, ne revêt aucun caractère absolu : prévue par le législateur dans le but d'empêcher les époux de modifier arbitrairement, postérieurement au jour de la demande, la compo-

(5) Paris, 24 mars 1903, D. 1905. 2. 1, et la note de M. PLANIOL. — Req., 6 avril 1903, D. 1903. 1. 301; S. 1904. 1. 505, et la note de M. NAQUET. — Req., 31 mars 1908, S. 1909. 1. 71. — Besançon, 16 mai 1923, G.P. 1923. 2. 255; Rev. not. 1923, n° 19.686. — Paris, 23 novembre 1923, G.T. 1924. 2. 146. — Paris, 2 mars 1925, D.P. 1926. 2. 13, et la note de M. NAST; G.T. 1925. 2. 473; Rev. Not. 1925, n° 20.524. — Trib. civ. Seine-Inférieure (section de Rouen), D.H. 1927. 44; G.P. 1927. 1. 154; Rev. Not., 1927, n° 21.540. — Aix, 24 octobre 1928, D.H. 1930, somm., p. 10; Rev. Not. 1929, n° 22.974 (sommaire). — Trib. civ. Chartres, 25 avril 1929, G.P. 1929. 2. 73. — Req., 3 avril 1935, D.H. 1935. 284.

(6) E.-H. PERREAU, Rev. crit. 1906, p. 72. — NAST, *précité.* — DEMONTES, J. N. 1934, art. 33.839; J. N. 1930, art. 36.232.

tion du patrimoine de la communauté, la rétroactivité du jugement de divorce signifie seulement que la composition active et passive de la communauté doit s'établir au jour de la demande et non au jour du divorce (motifs du jugement, précité, de la Seine-Inférieure).

M. Gaudemet, commentant ce jugement (7), ne se déclare pas battu pour autant et, tout en reconnaissant le caractère relatif de la rétroactivité du jugement de divorce, déclare rechercher en vain, soit dans la formule légale, soit dans les travaux préparatoires, la marque d'une volonté quelconque relative aux liquidations anticipées, et il conclut que l'article 252 *in terminis* permet de les valider : les auteurs de la loi n'ont nulle part manifesté une intention contraire.

Soit; mais, ce qu'il faut avant tout rechercher, en présence de la généralité des termes de l'article 252, c'est l'esprit dans lequel ce texte a été rédigé. Or, il est de toute évidence que le législateur a voulu assurer la protection des intérêts de la femme au cours de l'instance en divorce contre les agissements de son mari. Sans doute, le règlement anticipé n'est pas nécessairement dirigé contre la femme, mais, comme l'a très bien noté la Cour de Paris dans son arrêt du 24 mars 1903 (8), la rétroactivité de l'article 252 *in fine*, qui n'a d'autre but que d'enlever au mari le moyen de modifier arbitrairement le patrimoine de la communauté pendant l'instance, « ne saurait valider un acte qui pourrait précisément avoir ce résultat en privant la femme d'une partie des reprises que l'application

(7) GAUDEMET, Rev. trim., 1927, p. 184.

(8) Paris, 24 mars 1903, précité.

régulière des clauses de son contrat de mariage lui donnerait le droit d'exercer ».

Enfin, nous estimons que le texte lui-même de l'article 1395 contient une prohibition des règlements anticipés de communauté, même si l'on admet la dissolution rétroactive du régime matrimonial au jour de la demande. Cet article dispose en effet que les conventions matrimoniales « ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage », et le texte sous-entend nécessairement : jusqu'à sa dissolution. Or, le mariage n'est dissous que par le jugement lui-même, et ainsi, toute liquidation anticipée tombe sous le coup de la défense de l'article 1395, auquel on ne saurait faire échec en invoquant la rétroactivité de l'article 252 *in fine*.

Par ailleurs, il importe de ne pas oublier que les règlements anticipés de communauté interviennent entre les époux dans des conditions de moralité très suspectes : ils dissimulent toujours un divorce d'accord, s'ils ne recouvrent pas des marchandages absolument scandaleux : signature d'une quittance par une femme sous le coup d'une plainte en adultère (Req., 6 avril 1903), engagement par le mari de subir l'instance sans discuter les griefs invoqués contre lui par sa femme, celle-ci acceptant en retour certaines réductions dans l'étendue de ses droits et reprises, à l'encontre du mari et de la communauté et du mari (Trib. c. Besançon, 13 février 1923), ou encore un marché entre époux pour arriver à un jugement d'accord (Req., 3 avril 1933) (9).

(9) V. aussi un marché de ce genre, Req., 15 janvier 1929, G.P. 1929. 1. 555.

Ces arguments d'ordre juridique et moral justifient entièrement la nullité absolue dont la jurisprudence frappe les liquidations anticipées. Cependant, il ne faut pas se dissimuler que ces opérations sont encore et demeureront d'un usage courant dans la pratique; elles sont conseillées aux époux en instance de divorce, principalement lorsque ceux-ci ne manifestent l'un envers l'autre qu'une animosité de principe, et cherchent à dénouer le plus rapidement possible, le lien conjugal qui les unit. — Les règlements anticipés répondent si bien à une nécessité pratique, qu'une revue notariale, le « Journal des Notaires et des Avocats », a reproduit, à titre d'exemple, une convention de ce genre, en prenant soin de mettre en garde ses lecteurs contre les dangers d'un tel procédé. Cette formule prévient expressément les époux de l'absence de valeur, au point de vue juridique, de la convention soumise à leur signature : « Les époux soussignés ont été avertis que la présente convention peut être critiquable en droit, mais ils ont voulu se lier définitivement et irrévocablement par les présentes et s'engagent d'honneur à les exécuter dès qu'ils pourront par acte régulier. » (10).

Le règlement anticipé de communauté est donc, en fait, un simple engagement d'honneur, dénué de toute valeur juridique, qui accompagne un divorce convenu entre les époux, et qui a l'avantage de réduire au minimum la durée des opérations de liquidation. On ne

(10) J. N. 1924, formule LVI. — V. aussi une autre formule de règlement anticipé de communauté, reproduite par le jugement du Tribunal civil de Chartres, en date du 25 avril 1919 (précité).

peut qu'espérer que les conseils des époux ne recommandent ces conventions qu'avec prudence à leurs clients, et veillent à ce qu'elles ne recouvrent pas un marchandage pour l'un ou l'autre conjoints. L'idéal serait que les règlements anticipés disparaissent totalement de la pratique judiciaire.

CONCLUSION

Les dispositions légales et les constructions jurisprudentielles que nous venons d'étudier correspondent à un double but : les unes sont la conséquence de la disparition des intérêts communs entre les époux : dissolution rétroactive du régime matrimonial, ainsi que les effets entraînés par cette dissolution rétroactive sur la composition de la communauté, et du patrimoine propre de l'un et l'autre époux ; les autres correspondent à la nécessité de protéger les intérêts pécuniaires des deux conjoints mis en péril au cours de l'instance en divorce : mesures conservatoires, action de l'article 243, prohibition des règlements anticipés de communauté.

Quel que soit leur but, ces dispositions ont pour résultat de désorganiser le régime matrimonial : sans doute, la façade subsiste, car aucun texte ne vient suspendre le régime matrimonial au cours de l'instance en divorce, mais en fait les règles de chaque régime subissent de graves atteintes : la communauté devient une indivision fermée ; le mari, tout en gardant, en droit, le titre d'administrateur légal de la communauté, et, sous tous les régimes, des biens propres de sa femme, est très souvent réduit, en fait, à un rôle des plus restreints.

Le système actuel est-il entièrement satisfaisant ? Nous sommes porté à en douter.

Il est incontestable que la dissolution rétroactive du régime matrimonial des époux atteint le but qui lui est assigné, en assurant d'une manière effective à compter du jour de la demande, une séparation totale des intérêts pécuniaires des époux. Mais ce procédé, dont les résultats sont excellents, ne mérite pas d'être conservé.

Le principe de la rétroactivité des effets du jugement de divorce constitue, ainsi que nous l'avons vu dans le Chapitre préliminaire, une exception remarquable au principe de la non-rétroactivité des effets des jugements constitutifs de droit, d'autant plus que cette rétroactivité n'est applicable que dans les rapports des époux entre eux.

Si l'on veut maintenir le principe de la rétroactivité du jugement ou de l'arrêt de divorce devenu définitif, il est nécessaire d'en étendre les effets au regard des tiers, en assurant la publicité de la demande en divorce. — Notre système de rétroactivité partielle est illogique. On a dit que la publication de la demande en divorce aurait pour résultat d'enlever aux époux la possibilité d'une réconciliation. Cette assertion n'est pas confirmée par les faits : les réconciliations pendant la litispendance sont extrêmement rares, la procédure aboutit presque toujours au prononcé du divorce; par ailleurs, même sous le régime actuel n'assurant pas la publication de la demande, la jurisprudence impose cependant aux tiers de rechercher quelle est la situation juridique de la femme (pour déterminer si celle-ci est encore investie du mandat tacite), ou celle du mari, chef de communauté (la

connaissance par le tiers de l'instance est considérée par la jurisprudence comme une preuve de complicité). Dans ces conditions, si le législateur entend conserver le principe de la rétroactivité, il doit nécessairement l'étendre à l'égard des tiers.

Mais ce principe mérite-t-il d'être maintenu ? Les auteurs sont unanimes pour le condamner, comme « absolument contraire aux principes et aux textes » (1). Seul le résultat auquel il conduit, en ce qui concerne la composition de la communauté et des propres des époux, vaut d'être conservé par le législateur, qui, tout en supprimant le principe de la rétroactivité, pourrait disposer qu'à compter du jour de la demande, la communauté deviendrait une indivision fermée, et que les revenus des biens personnels des époux resteraient propres à chacun d'eux.

D'autre part, il faut se demander si la protection des intérêts pécuniaires de l'un ou l'autre époux, au cours de l'instance en divorce, se trouve suffisamment assurée. La solution de cette question est liée à celle du maintien du régime matrimonial des époux pendant la litispendance.

La conception qui a dominé jusqu'ici dans notre droit, et que l'on pourrait appeler classique, a consisté dans le maintien intégral du régime au cours de l'instance. Cette conception, basée sur le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales, qui a subi un échec depuis que la loi du 4 janvier 1930, modifiant l'article 295 C.C., a permis aux époux divorcés d'adopter, au cas de réunion, un régime matrimonial autre que celui qui réglait leur première

(1) PLANIOL, III, n° 1155, p. 172.

union, — laisse au juge la possibilité d'ordonner, à la demande de la femme, des mesures conservatoires, mais lui interdit de dépouiller totalement le mari de ses pouvoirs sur les biens communs, et même d'ordonner la constitution d'un séquestre, mesure grave, mais efficace, si la femme ne rapporte pas la preuve de l'impéritie ou de la négligence de son mari.

A l'opposé, une conception hardie consiste à rendre aux époux leur autonomie pécuniaire au début de l'instance; cette conception, purement théorique, présenterait l'inconvénient de rendre difficile la réconciliation des époux, et préjugerait du résultat de l'instance.

Il semble préférable de s'en tenir à une solution transactionnelle : organisation d'un régime spécial, dont s'inspirent les articles 242 et 243, que la jurisprudence interprète largement.

Aucune institution de ce genre n'existe à l'étranger, à notre connaissance, parmi les législations connaissant à la fois le régime de communauté et le divorce, on peut citer, par exemple, la Belgique, qui a conservé sans modification nos anciens articles 270 et 271, et le Portugal : dans ce dernier pays, le régime matrimonial légal est la communauté universelle; mais les intérêts des époux sont protégés par les articles 1119 et 1471 C.C. Portugais, qui interdisent respectivement au mari, à titre de disposition normale, l'aliénation des immeubles et des meubles communs, à moins d'obtenir le consentement de sa femme; les pays dont la législation ne comportent pas de régime de communauté, se sont contentés d'assurer l'existence des époux, au cours de l'instance, au moyen d'une pension alimentaire à la charge du mari. Il en est ainsi, no-

tamment, en Angleterre, dont la législation prévoit non seulement l'allocation d'une pension alimentaire à la femme pendant l'instance en divorce, mais aussi la protection des intérêts des tiers. « Entre la sentence qui prononce provisoirement la séparation ou le divorce (*decree nisi*) et le *decree absolute*, qui est le jugement définitif, la loi a placé un certain délai pendant lequel les tiers ou les *king's proctor* peuvent attaquer la décision de la Cour et la faire annuler.

« L'intérêt des tiers est que le mari ayant l'entière administration des biens de sa femme pendant le mariage et celle-ci reprenant ce droit par le seul fait de la séparation, les engagements pris par le mari sans fortune ne pourront être exécutés par lui si la séparation est admise. » (2). Ce régime, que l'on peut rapprocher de celui institué par l'article 1447 de notre C.C., destiné à protéger les intérêts des tiers en cas de séparation de biens, constitue un exemple intéressant d'organisation d'un régime spécial au cours de l'instance en divorce.

Revenant au droit français, nous estimons que le législateur ferait œuvre utile en permettant au juge de suspendre, au cours de l'instance en divorce, les règles normales des régimes matrimoniaux, notamment en ce qui concerne l'administration des biens communs et des propres, d'enlever au mari sa qualité d'administrateur légal et d'ordonner toutes mesures conservatoires nécessaires, non seulement au cas de

(2) HUBERT-VALLEROUX, *Mémoire présenté à la Société de Législation comparée*, Bull., t. IX, p. 150. — V. aussi, sur le divorce en droit anglais, GLASSON, *Le Mariage civil et le divorce*, 2^e éd., 1880, p. 322; LEHR et DUMAS, *Éléments de droit civil anglais*, 2^e éd., 1906, p. 62; *Halsbury's Laws of England*, 2^e éd., t. X, v^o Divorce, n^o 1101, et ss., 1265 et ss.

négligence ou d'impéritie du mari, mais aussi chaque fois qu'il le jugerait utile.

En ce qui concerne plus spécialement le pouvoir de disposition des biens communs, qui appartient au mari, il serait possible d'introduire en France une disposition semblable à celle qui a été adoptée dans la Principauté de Monaco : aux termes de l'article 15, alinéa 2, de l'Ordonnance souveraine du 3 juillet 1907, relative au divorce et à la séparation de corps, le mari ne peut, postérieurement à l'ordonnance du magistrat permettant de citer l'époux défendeur en conciliation, « aliéner aucun immeuble dépendant de la communauté qu'avec l'autorisation du Tribunal Supérieur ».

A notre avis, le système de la Principauté de Monaco, ne prévoyant aucune mesure de publicité, il serait préférable de généraliser à l'ensemble du territoire, l'excellente solution qui existe en Alsace-Lorraine, et dont nous avons déjà parlé (3) en étudiant les mesures conservatoires : à la demande de la femme, le juge interdit au mari, à titre conservatoire, de disposer de l'immeuble commun, et cette interdiction est transcrite au Bureau des hypothèques de la situation de l'immeuble. On pourrait envisager une solution analogue pour les fonds de commerce dépendant de la communauté : inscription au greffe du Tribunal de commerce de la défense faite au mari par le juge, à la demande de la femme, de disposer du fonds de commerce commun. Ces mesures auraient l'avantage d'avertir les tiers de la défense faite au mari et de les constituer de mauvaise foi, pour le cas où le mari

(3) V. *Supra*, p. 101.

aurait outrepassé la défense qui lui avait été faite; elles renforceraient efficacement la protection des intérêts de la femme au cours de l'instance en divorce.

VU :

Le Président de la thèse,
MARC DESSERTAUX.

VU :

Le Doyen de la Faculté de Droit,
A. GUILLOIS.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Dijon, le 24 Avril 1936.

Le Recteur de l'Académie de Dijon,
C. SPENLÉ.

BIBLIOGRAPHIE

I. — OUVRAGES GÉNÉRAUX.

- AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français*, 5^e édition, 1897-1922.
- BAUDRY-LACANTINERIE. — *Précis de droit civil*, 9^e éd., 1905.
- BAUDRY-LACANTINERIE et CHAUVEAU. — *Des personnes*, 2^e éd., 1902.
- BAUDRY-LACANTINERIE, LE COURTOIS et SURVILLE. — *Du contrat de mariage*, 1897-1900.
- CARPENTIER. — *Traité théorique et pratique du divorce, explication de la loi du 27 juillet 1884, avec formules*, 1885.
- *La loi du 18 avril 1886 et la jurisprudence en matière de divorce*, 1888.
- COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de droit civil français*, 1^{re} édition, 1914.
- FENET. — *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 1836.
- GARSONNET et CÉZAR-BRU. — *Traité théorique et pratique de procédure*, 2^e édition, 1898-1904.
- GUILLOUARD. — *Traité du contrat de mariage*, 1885-1888.
- JAPIOT. — *Traité élémentaire de procédure civile et commerciale*, 2^e édition, 1929.
- JOSSERAND. — *Cours de droit civil positif français*, 2^e édition, 1930-1932.
- *Les mobiles dans les actes juridiques du droit privé*, 1928.
- LAURENT. — *Principes de droit français*, 1869-1879.
- PLANIOL et RIPERT. — *Traité élémentaire de droit civil*, 10^e éd., 1921.

— *Traité pratique de droit civil français, :*

La famille, par ROUAST, tome II, 1925.

Les régimes matrimoniaux, par NAST, tomes VIII et IX, 1925-1927.

RIPERT. — *La règle morale dans les obligations civiles*, 1925.

II. NOTES DE JURISPRUDENCE, RAPPORTS A LA COUR DE CASSATION, ARTICLES DE REVUES.

Bernard AUGER. — *Date des effets entre époux du divorce, au cas de demande reconventionnelle seule admise*, Rev. not., 1929, n° 22.802.

L. B. — *Que doit-on entendre par le mot « demande » qu'emploie la jurisprudence en matière de séparation de corps et que la loi du 18 avril 1886 a reproduit en matière de divorce ?* — Note au D. 1899. 1. 385, sous Bordeaux, 16 avril 1896.

Louis BAUDOIN. — *Des actes frauduleux du mari dans la gestion des biens de communauté*. — Sem. Jur., 1933, p. 1053 et 1077.

Charlotte BÉQUIGNON. — *De la sanction des actes de gestion de la communauté accomplis par le mari en fraude des droits de la femme*. — Note au S. 1929. 2. 97, sous Paris, 24 juillet 1928.

Henri CAPITANT. — *De l'indivision qui suit la dissolution de la communauté de biens entre époux*. — Rev. crit. 1929, p. 65.

Ambroise COLIN. — *La femme en instance de divorce peut-elle invoquer l'article 243 C.C. pour demander l'annulation d'une aliénation faite en fraude de ses droits par son mari, si cette aliénation est antérieure au jour de l'ordonnance de l'article 235, expressément visée par l'article 243 ?* — Rapport sur Civ., 23 janvier 1928, au D. 1928. 1. 86.

E. DEMONTÈS. — *Liquidation provisionnelle de la communauté entre époux au cours d'une instance en divorce*. — J. N., 1924, art. 33.839; J. N., 1930, art. 36.232.

A. DEPIERROIS. — *Du droit par la femme de faire annuler les actes passés par le mari pendant la communauté sur les biens communs en fraude de ses droits*. — Rev. not., 1935, n° 26.162, 26.189, 26.201; 1936, n° 26.231.

FÉRAUD-GIRAUD. — *Lorsqu'au cours d'une instance en divorce, la femme commune en biens a un juste sujet de craindre que ses intérêts pécuniaires soient compromis, peut-elle demander et obtenir des tribunaux qu'un adminis-*

traleur de la communauté légale soit nommé en remplacement du mari ? — Rapport sur Req., 26 mars 1889, D. 1889. 1. 444; S. 1890. 1. 253.

GAUDEMET. — *Chroniques sur la question de la validité des liquidations anticipées de communauté survenues au cours d'une instance en divorce.* — Rev. trim., 1922, p. 609; 1923, p. 977; 1924, p. 96; 1925, p. 889; 1927, p. 184, 416; 1929, p. 753.

François GÉNY. — *Des mesures conservatoires des droits des époux au cours d'une instance en divorce ou en séparation de corps.* — Note au S. 1933. 1. 81, sous Req., 10 octobre 1933.

Frédéric HUBERT. — *Des donations frauduleuses par le mari des biens de la communauté.* — Note au S. 1931. 1. 361, sous Civ., 4 décembre 1929.

— *Des aliénations à titre onéreux de biens communs consenties par le mari en fraude des droits de la femme.* — Note au S. 1932. 1. 97, sous Req., 27 janvier 1930.

J.-E. LABBÉ. — *De la détermination du jour auquel le mariage est dissous par le divorce et de l'effet rétroactif du jugement de divorce.* — Note au S. 1894. 1. 5, sous Req., 18 avril 1893.

Gaston LAGARDE. — *Le chirurgien qui a opéré une femme en instance de divorce, sans l'autorisation du mari, peut-il réclamer ses honoraires à celui-ci ?* — Rev. trim., 1933, p. 1163.

Henri LALOU. — *Des pouvoirs du mari sur les biens communs pendant l'instance en divorce. La femme peut-elle former une surenchère du dixième sur le prix de vente d'un fonds de commerce aliéné au cours de l'instance en divorce par le mari ?* — Note au D. 1923. 2. 185, sous Paris, 15 juillet 1922.

Jean-Ch. LAURENT. — *Les règlements anticipés de communauté, spécialement au cas de séparation de corps.* — Note au D.P. 1932. 1. 32, sous Req., 24 novembre 1931.

— *Des mesures conservatoires relatives aux biens réservés de la femme pendant l'instance en divorce.* — Note au D. P. 1933. 2. 15, sous T. C. Bayeur, 30 juin 1932.

J. LE COURTOIS. — *Le mari contre lequel vient d'être prononcé le divorce ou la séparation de corps, avec condamnation aux dépens de l'instance, est-il fondé à laisser cette dette à la charge de la communauté dissoute ?* — Note au S. 1913. 2. 289, sous Dijon, 23 nov. 1911.

Georges LÉLOIR. — *Quel est le jour de la demande en divorcé ou en séparation de corps ?* — Note au D. 1914. 2. 137, sous Caen, 28 avril 1913; Paris, 7 et 8 janvier 1914.

Marcel NAST. — *Divorce et séparation de corps : moment précis auquel remonte la dissolution de la communauté.* — Rev. crit., 1924, p. 550.

— *De la validité des liquidations anticipées de communauté, au cours de l'instance en divorce.* — Note au D.P. 1926. 2. 13, sous Paris, 2 mars 1925.

— *Des restrictions aux pouvoirs du mari sur les biens communs pendant l'instance en divorce (spécialement en Alsace-Lorraine).* — Note au D.P. 1930. 2. 182, sous Colmar (Ch. détachée à Metz), 21 janvier 1930.

— *Gestion de la communauté, actes frauduleux du mari; nullité relative; effets de la nullité.* — Rev. crit., 1930, p. 534.

— *De la nullité des donations excédant les pouvoirs du mari et des actes faits par lui en fraude des droits de la femme.* — Note au D.P. 1931. 1. 81, sous Civ. 4 déc. 1929.

— *Les pouvoirs du mari sur les biens communs après la dissolution de la communauté.* — Note au D.P. 1933. 2. 19, sous T. C. Seine, 21 juin 1932.

André ROUAST. — *De la date à laquelle doivent être reportés les effets de la séparation de corps dans les rapports des époux entre eux.* — Note au D. 1923. 1. 61, sous Civ., 27 mai 1921.

III. THÈSES.

BOUCHET. — *Essai sur l'indivision qui suit la dissolution de la communauté de biens entre époux.* — Grenoble, 1931.

BRULLIARD. — *De la dissolution des biens de communauté et de leur gérance depuis la dissolution de la communauté jusqu'au partage.* — Paris, 1927.

DUCAMP. — *De la liquidation de la communauté légale entre époux.* — Bordeaux, 1908.

HOUDART. — *Des effets propres au divorce et à la séparation de corps sur les droits pécuniaires des époux.* — Paris, 1902.

LENOIR. — *Des mesures provisoires conservatoires relatives aux biens des époux dans l'instance en divorce ou en séparation de corps.* — Paris, 1921.

PAUCOT. — *Les relations patrimoniales des époux pendant l'instance en divorce, en séparation de biens ou de corps.* — Paris, 1932.

PROPHETTE. — *De l'effet rétroactif du jugement de divorce.* — Lille, 1902.

RAYNAL. — *De la rétroactivité du jugement de séparation de corps et de la situation des époux au cours de l'instance en divorce.* — Paris, 1899.

SÉGUI. — *Le triple instant des effets du divorce.* — Toulouse, 1923.

VÉRON. — *Les actes accomplis par le mari sur les biens de la communauté en fraude des droits de la femme.* — Paris, 1924.

IV. PÉRIODIQUES.

Dalloz Périodique.

Dalloz Hebdomadaire.

Sirey.

Gazette du Palais.

Gazette des Tribunaux.

Revue trimestrielle de droit civil.

Revue critique.

Journal des Notaires et des Avocats.

Revue du Notariat et de l'Enregistrement.

Les abréviations employées sont celles d'usage.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	7
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — DE LA RÉTROACTIVITÉ ENTRE ÉPOUX AU JOUR DE LA DEMANDE DU JUGEMENT OU DE L'ARRÊT DE DI- VORCE DEVENU DÉFINITIF	
	19
SECTION I. — <i>Etude du principe de la rétroactivité du jugement de divorce</i>	
	19
§ 1. Son caractère exceptionnel	19
§ 2. Conditions dans lesquelles le principe de la rétroactivité du jugement de divor- ce s'est introduit dans le Code Civil.	22
§ 3. Portée de l'application de la rétroactivité de l'article 252, alinéa 6.	25
SECTION II. — <i>Détermination du jour de la demande.</i>	
	31
§ 1. Détermination du jour de la demande lors- que le jugement qui prononce le di- vorce intervient sur une demande formée par l'un des deux époux, ou en cas de demande reconven- tionnelle, lorsque la demande prin- cipale est admise	32
§ 2. Détermination du jour de la demande lors- que le tribunal admet la demande reconventionnelle et rejette la de- mande principale	40
CHAPITRE PREMIER. — LES RÈGLES RELATIVES A LA COMPOSITION DE LA COMMUNAUTÉ ET DES PATRIMOINES DES ÉPOUX S'APPLI- QUENT-ELLES AU COURS DE L'INSTAN- CE EN DIVORCE ?	
	45

SECTION I. — <i>L'actif de la communauté.</i>	45
SECTION II. — <i>Le passif de la communauté.</i>	48
§ 1. Les tiers qui ont fourni des aliments à la femme en instance de divorce, peuvent-ils en réclamer le paiement au mari et à la communauté ?	49
§ 2. Par qui doivent être supportés les dépens de l'instance en divorce mis à la charge du mari qui succombe ?	54

CHAPITRE II. — L'ADMINISTRATION DE LA COMMUNAUTÉ ET DES DIVERS PATRIMOINES DES ÉPOUX AU COURS DE L'INSTANCE EN DIVORCE.	61
---	----

SECTION I. — <i>Principes généraux de l'administration de la communauté et des biens propres des époux en dehors de l'instance en divorce.</i>	62
--	----

§ 1. Administration réservée au mari.	63
1. Administration des biens communs	63
2. Administration des biens propres de la femme	66
§ 2. Administration réservée à la femme.	67

SECTION II. — <i>L'administration de la communauté et des biens propres des époux au cours de l'instance en divorce.</i>	68
--	----

La doctrine	74
La jurisprudence.	78
Les époux conservent au cours de l'instance leurs pouvoirs respectifs d'administration	84

SECTION III. — <i>Etude des mesures conservatoires susceptibles d'être requises au cours de l'instance en divorce, par l'un des époux sur les biens dont son conjoint a l'administration.</i>	91
---	----

§ 1. Conditions dans lesquelles doivent être requises les mesures conservatoires.	92
§ 2. Des principales mesures conservatoires envisagées dans la mesure où elles restreignent les pouvoirs d'administration appartenant à l'un ou à l'autre époux.	95

I. Mesures conservatoires requises par la femme sur les biens dont le mari a l'administration ou la jouissance. . .	96
A. Sur les biens de la communauté.	97
Premier groupe 1. Scellés, inventaire, gardien judiciaire.	98
2. « Prénottation » sur les registres fonciers (Alsace et Lorraine).	101
Deuxième groupe 1. Saisie-arrêt.	105
2. Séquestre	108
B. Sur ses biens personnels	116
C. Sur les biens personnels de son mari.	121
II. Mesures conservatoires requises par le mari commun en biens sur le patrimoine réservé de sa femme.	121
SECTION IV. — <i>De la nullité des actes passés par le mari au cours de l'instance en divorce sur les biens de la communauté en fraude des droits de sa femme (article 243 C. C.)</i>	
§ 1. Les actes frauduleux du mari en général sur la communauté.	130
I. Etat de la doctrine lors de la rédaction du C. C.	130
II. La fraude du mari d'après la doctrine et la jurisprudence modernes	134
A. Conditions et effets de l'action de la femme.	135
B. Nature juridique de cette action.	137
§ 2. De l'action donnée à la femme par l'article 243 C. C. contre les obligations et les abréviations frauduleuses du mari au cours de l'instance en divorce.	143
A. Conditions de cette action.	143
B. Ses effets.	154
C. Sa nature juridique.	155
Action paulienne.	156
Théories d'Aubry et Rau et de M. Véron.	159
C'est en fait une mesure conservatoire.	162

CHAPITRE III. — DE LA LIQUIDATION ANTICIPÉE DE LA COMMUNAUTÉ INTERVENUE ENTRE ÉPOUX AU COURS DE L'INSTANCE EN DIVORCE.	167
Quelle est la valeur de cette liquidation anticipée?	168
CONCLUSION.	168
BIBLIOGRAPHIE	183
TABLE DES MATIÈRES	189

